نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي

Theory of obligation in Iraqi civil law

تمهيد: لنظرية الالتزام أهمية كبرى في علم القانون من الناحية العلمية والعملية فهي العمود الفقري للقانون المدني وللقانون الخاص بشكل عام في اغلب معطياته ، فهي نظرية فلسفية ومنطقية بنيت معطياتها على أساس التعميم والتجريد، وهي من جانب آخر تجسد غايات القانون الأساسية، ويؤدي البحث فيها إلى تنمية الملكة القانونية فضلاً عن أهميتها العملية في حياة الأفراد والدول كونها المعيار الأساس المنظم للعلاقات المالية والتجارية سواء في مجالات العقود والشركات والتأمين او في مجال المسؤولية عن الإعمال غير المشروعة سواء وقعت بين الأفراد او بين الدول. ويعتبر القانون المدني دعامة القانون الخاص. والأساس الذي قامت وتفرعت عنه كافة فروع القانون الخاص ، ولذلك يعرف بأنه؛ مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأفراد أيا كانت طبيعتها ، فهو الشريعة والمنهج العام الذي يجب إعمال أحكامه فيما لم يرد بشأنه نص خاص في فرع آخر من فروع القانون الخاص التي انفصلت واستقلت عنه كالقانون التجاري مثلا. وكان القانون المدني يعرف عند الرومان بأسم قانون المدينة (Jus civil) أي القانون الذي يحكم مدينة روما ومواطنيها ، وذلك تمييزا له عن قانون الشعوب (Jus gentium) وهو القانون الذي يحكم علاقات الرومان بالأجانب في الإمبراطورية الرومانية ، والذي اندمج بعد ذلك في القانون المدني وأصبحت قواعده تحكم أيضا علاقات الرومان فيما بينهم .

ومدار بحث نظرية الالتزام هو المديونية ومصادرها التي تنشأ عنها ، بمعنى آخر متى يكون الشخص دائناً، اي صاحب حق شخصي، ومتى يكون الشخص مديناً أي ملتزماً، وماهية الأنظمة والقواعد القانونية العامة والخاصة التي تنظم المديونية والآثار المترتبة عليها وكذلك الدعاوى التي تحمي الدائن والمدين معاً من أخلال او تعسف احدهما تجاه الأخر فضلاً عن تحديد سبل الوصول إلى الحق الشخصي واقتضاؤه.

والالتزام او الحق الشخصي هو رابطة مديونية بين دائن ومدين، ويلاحظ انه يطلق على هذه العلاقة إذا نظرنا إليها من جانب الدائن لفظ (الحق الشخصي)، فهي حق للدائن، ويطلق عليها إذا نظرنا إليها من جانب المدين لفظ (الالتزام) فهي التزام (دين) على عاتق المدين.

وعادة ما يدرس الحق الشخصي منظوراً إليه من جانب المدين بالنظر لأهمية المدين في نشوء الالتزام وفي تنفيذه، فيمكن ان يوجد الالتزام بوجود المدين مع عدم وجود دائن وقت نشوئه كما في الوعد بجائزة وحالة تأمين أب لصالح أبنائه الموجودين ومن سيوجد منهم في المستقبل، فالمدين هنا شركة التأمين ولكن الدائن (الأبناء) غير محدد وقت نشوء الالتزام ولكنه سيتحدد عند تنفيذ الالتزام.

ينظم القانون المدني علاقات الأفراد المالية والشخصية في قسمين رئيسيين:

أ- قسم الأحوال الشخصية (statut personnel): وهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقة الفرد بأسرته.

ولأسباب تاريخية لم تنظم القوانين المدنية في البلاد العربية الأحوال الشخصية وإنما نظمتها قوانين خاصة.

ب- قسم الأحوال العينية (statut reel): ويشمل مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقة الفرد بغيره من حيث المال.

والمال: هو كل حق اي مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد.والحق إما ان يكون حقا عينياً او حقا شخصياً:

والحق العيني: *هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على شيء معين.*

ويتكون من عنصرين هما (صاحب الحق) و (موضوع الحق - الشيء) ولصاحب الحق العيني السلطة المباشرة في استعمال الشيء او استغلاله او التصرف فيه.

مثال: حق الملكية هو حق عيني، فمالك الدار (او العجلة او الأرض ...) هو صاحب حق عيني وله سلطة عليها يستطيع استعمالها للسكن او استغلالها كإيجارها للغير او التصرف بها بالبيع او الهبة .... .
اما الحق الشخصي او الالتزام وهو مدار دراستنا، فسنتناول دارسته وبيان خصائصه وأنواعه في الفقرات التالية:

١- تعريف الالتزام

يمكن تعريف الالتزام (الحق الشخصي) بأنه: *رابطة بين شخصين احدهما دائن والأخر مدين، ويكون للدائن بمقتضاها الحق في مطالبة المدين بإعطاء شيء او القيام بعمل او الامتناع عن عمل.*
وهذا يعني ان الحق الشخصي يتكون من ثلاثة عناصر هي : الدائن والمدين وموضوع الحق.
وعرفت الفقرة (١) من المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الحق الشخصي او الالتزام بأنه:(الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو ان يقوم بعمل أو ان يمتنع عن عمل). بينما أشارت الفقرتين (٢و٣) منها إلى انه (٢- ويعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أيا كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين. ٣- ويؤدي التعبير بلفظ (الالتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي).
ويستخلص من التعريف التشريعي المتقدم ان الالتزام يتسم بالخصائص التالية:
١- الالتزام رابطة قانونية:وهو بهذا المعنى قيد يرد على إرادة المدين أو حريته. وفي مراحل القانون الروماني الاولى كان هذا القيد قيداً مادياً يقع على شخص المدين وجسمه، ثم صار بعد تطورات لاحقة رابطة قانونية بحتة لا تتعلق إلا بذمة المدين المالية وبمقتضاها يمكن إجباره وقهره على تنفيذ التزامه بمعونة السلطة العامة عند الضرورة.إلا ان الإجبار ليس عنصراً في الالتزام الذي قد يكون طبيعياً لا إجبار فيه.
٢- الالتزام رابطة شخصية: وهذه الرابطة هي المميز الرئيسي بين الحق الشخصي والحق العيني. فالحق الشخصي يفترض رابطة بين شخصين، صاحب الحق (الدائن) والمدين. بينما في الحق العيني تكون الصلة مباشرة بين صاحب الحق والشيء محل الحق.ويترتب على ذلك ان الدائن بحق شخصي لا يستطيع الاستيلاء على حقه دون تدخل المدين وإنما بمطالبته به، وعلى خلاف ذلك يحصل صاحب الحق العيني على حقه مباشرة من الشيء دون وساطة شخص آخر، فالمالك مثلاً (البيت او العجلة ...) ينتفع مباشرة بما يملكه بكافة وجوه الانتفاع دون وساطة احد فالحق العيني سلطة مباشرة وسلطة مطلقة لا تزاحمها سلطة أخرى.
٣- الالتزام عبأ مالي: ان محل التزام المدين يتخذ إحدى ثلاث صور هي اما نقل حق عيني كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري او القيام بعمل كالتزام المقاول ببناء دار او امتناع عن عمل كالتزام بائع المحل التجاري بعدم منافسة مشتري المحل في منطقة معينة. ولنكون إزاء التزام (مديونية) بالمعنى القانوني يجب ان يكون محل الالتزام قابل للتقويم بالنقود، اي ان يكون محل الالتزام قيام المدين بأداء مالي، وقد يكون أداء المدين هذا إعطاء شيء، كإعطاء مبلغ من النقود او نقل ملكية الشيء المبيع، وقد يكون الأداء قيام المدين بإجراء عملية جراحية للدائن او ان يرسم له لوحة فنية، وقد يكون الأداء امتناعاً عن عمل، كالامتناع عن المنافسة التجارية.فإذا لم يكن محل الالتزام قابلاً للتقويم بالنقود لا نكون إزاء التزام قانوني وإنما إزاء واجب قانوني، فالخدمة العسكرية وتربية الأطفال مثلاً هي واجبات قانونية وليست التزاماً لأنها لا تقوم بالنقود.
إلا انه لا يشترط ان تكون مصلحة الدائن من الأداء مالية فقد تكون مصلحته أدبية، فمن يتعاقد مع صاحب مسرح لمشاهدة مسرحية تكون مصلحته أدبية هي الترفيه عن النفس بينما عرض المسرحية وهو التزام المدين هو أداء مالي يقوم بالنقود.

٢- المذهب الشخصي والمذهب المادي في الالتزام

وقد تنازع مذهبان فقهيان في النظر إلى جوهر الالتزام، فأعتد أحدهما بالرابطة القائمةبين المدين والدائن، وهذا هو المذهب الشخصي، واعتدَ الآخر بالأداء المالي الذييلتزم المدين القيام به، وهذا هو المذهب المادي:

أ- المذهب الشخصي في الالتزام:، وهوالمذهب الفرنسي التقليدي، ويغلب هذا المذهب العلاقة القائمة بين طرفي الالتزام إي الرابطة الشخصية، وتعود هذه النظرية بجذورها إلى الرومان فقد كان الرومان ينظرون إلى الالتزام من ناحيته الشخصية فيعتبرونه رابطة قانونية بين الدائن والمدين، وكانت هذه الرابطة في أول صورها سلطة تعطى للدائن على جسم المدين كالإعدام والاسترقاق ثم توقف عند حبس المدين، وبعد تطور طويل، لاعتبارات إنسانية وحضارية، أضحت سلطة الدائن قاصرة على التنفيذ على مال المدين.
ومن الآثار التي تترتب على فكرة الارتباط بين الدائن والمدين، أنالالتزام، حين ينشأ بفعل الإرادة، يحتاج لنشوئه إلى اتفاق إرادتي الدائن والمدينمعاً، عن طريق العقد، ولا تكفي إرادة المدين وحده. ونشوء الالتزام، بوجه عام، يقتضيتعيين المدين والدائن معاً ووجودهما منذ نشوئه،كما أنه يصعب في ظل هذه الفكرة تصور انتقال الالتزام منالمدين إلى غيره، عن طريق حوالة الدين، وانتقال الحق الشخصي من الدائن إلى غيره، عنطريق حوالة الحق.
وساد هذا المذهب في الفقه الفرنسي وتبناه الفقيه الألماني سافيني الذي أقام رأيه على فكرة سيادة الدائن على المدين. فهذه النظرية مطبوعة بطابع القانون الروماني وبمقتضاها يعتبر الالتزام رابطة شخصية وثيقة، فهو رابطة خضوع اقل درجة من الرق، ولم تلق هذه النظرية نجاحاً في ألمانيا فعارضها عدد كبير من الفقهاء.
ب ـ المذهب المادي في الالتزام: يرى اغلب الفقهاء الألمان وعلى رأسهم الفقيه جيرك، وتبعهم في ذلك بعض الفقهاء الفرنسيين، ان الالتزام لا يقف عند الرابطة الشخصية بل ان الأهمية تتمثل في محل الالتزام باعتباره العنصر الأساسي في الالتزام بعد تجريده من الرابطة الشخصية، فيكون محل الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية وعندئذ يصبح الالتزام شيئاً مادياً يسهل تداوله.
وتترتب على المذهب المادي نتيجتان عمليتان هامتان:
النتيجة الاولى: بما ان العبرة في الالتزام هي بمحله دون أشخاصه، أصبح من الممكن تصور تغير أشخاص الالتزام، من دائن إلى دائن آخر كما في حوالة الحق، ومن مدين الى مدين آخر كما في حوالة الدين.
وهذا ما تبنته التشريعات التي اعتنقت المذهب المادي في الالتزام كما في التقنين الألماني والسويسري والعراقي.
النتيجة الثانية: لما كانت الرابطة الشخصية في الالتزام ليست بالأمر الجوهري أضحى من الممكن وجود التزام دون وجود دائن وقت وجوده فينشأ الالتزام مستنداً الى المدين وحده ويكفي ان يوجد الدائن وقت التنفيذ، ومن امثلة ذلك الوعد بجائزة، وعقد التأمين لمصلحة شخص غير معين او لم يوجد بعد.
تقييم النظريتين:يتماشى المذهب المادي مع النظم الاقتصادية الحديثة ويحقق ميزة سرعة تداول الأموال وتيسير المعاملات على انه لا يمكن إنكار المذهب الشخصي فلا يزال الالتزام رابطة شخصية تكون شخصية الدائن والمدين ذات اثر كبير في تكوين الالتزام وفي تنفيذه. فكلا المذهبين يفسران ناحيتي الالتزام، ناحية شخصية يفسرها المذهب الشخصي وناحية مادية يفسرها المذهب المادي.وقد اخذ المشرع العراقي من المذهب المادي نتائج عملية هامة واستبقى المذهب الشخصي في كثير من أثاره.

٢ـ أنواع الإلتزامات

يمكن تقسيم أنواع الالتزام بحسب زاوية النظر إليه، فمن حيث مصدره ينقسم إلى التزامات إرادية والتزامات غير إرادية، ومن حيث إمكانية إجبار المدين على التنفيذ إلى التزامات مدنية والتزامات طبيعية، ومن حيث مضمونه إلى التزامات سلبية والتزامات ايجابية، والتزامات فورية والتزامات مستمرة، والتزامات بوسيلة والتزامات بنتيجة:

١ـ الالتزام الإرادي والالتزام غير الإرادي:

الالتزام الإرادي، هو الذي تتجه الإرادة إلى إحداثه في الحدود التي يسمح فيها القانونبذلك، كالالتزام الذي ينشأ عن اتفاق إرادتي المتعاقدين في العقد. أماالالتزام غير الإرادي فهو الذي يرتبه القانون عند حدوث واقعة معينة، من دون أن يكونلإرادة المدين أو الدائن أثر في إنشائه، كالالتزام بالتعويض الذي يترتب علىالشخص

الذي تسبب بخطئه ضرراً للغير. والعبرة في التفريق بين الالتزام الإراديوالالتزام غير الإرادي هي في اتجاه الإرادة إلى إنشاء الالتزام نفسه، وليس إلىإحداث الواقعة أو الفعل الذي تولد عنه هذا الالتزام. فمن يتعمد مثلاً الإضراربالغير يكون التزامه التعويض التزاماً غير إرادي أيضاً، لأن إرادته، وإن كانت قد اتجهت إلى إحداث الضرر، لم تتجه إلى إنشاء الالتزام بالتعويض عنه. ويمنحالقانون الإرادة المشتركة للمتعاقدين في العقد سلطة تكاد تكون مطلقة في إنشاءالالتزامات، مادامت هذه الإرادة لا تتجه إلى ما يخالف النظام العام والأدب العام. وتعدالالتزامات التي تقررها القواعد القانونية المكملة أو المفسرة التزامات إراديةأيضاً، إذ يفترض أن هذه القواعد تعبر عن إرادة المتعاقدين الضمنية عند عدم الاتفاقعلى ما يخالف أحكامها.

١- الالتزام المدني والالتزام الطبيعي:

الالتزام المدني، هو التزام يجتمع فيه عنصرا المديونية والمسؤولية، ولذلك يستطيع الدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه، وهذا هو الوضع الطبيعي في الالتزام.

الالتزام الطبيعي، وهو التزام قانوني يتحقق فيه عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية، ولهذا لا يستطيع الدائن إجبار مدينه على تنفيذه. وينتج من عدّالالتزام الطبيعي نوعاً من أنواع الالتزام، أن وفاء المدين به بإرادته المحضةالخالية من العيوب، لا يكون دفعاً لغير المستحق ولا تبرعاً، وإنما هو وفاء بدينمترتب في ذمته. كما أن تعهد المدين بالوفاء بهذا الالتزام، إذا تمّ بإرادته السليمةالخالية من العيوب أيضاً، يؤدي إلى نشوء التزام مدني عليه يجبر على تنفيذه، ولذلك يقال إن الالتزام الطبيعي يصلح سبباً لالتزام مدني. ويقع الالتزام الطبيعي في موقع وسط بين الواجب الأخلاقي المحض والالتزام المدني فهوفي الأصل واجب أخلاقي. ولكنه واجب أخلاقي دخل في نطاق القانون، لما يتمتع به في نظرالمجتمع من أهمية خاصة، فأصبح التزاماً قانونياً، ومع هذا فهو التزام ناقص، يقل مرتبة عن الالتزام المدني، لعدم إمكان الإجبار على تنفيذه.ومن أمثلة الالتزام الطبيعي ما نصت عليه المادة (٣٨٦) من القانون المدني المصري من انه (يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي). إن كلمة الالتزام، إذالم تقترن بوصف معين، يقصد بها الالتزام المدني لأنه هو الأصل.

٢- الالتزام السلبي والالتزام الايجابي:

الالتزام السلبي، هو التزام يكون محله امتناع المدين عن القيام بعمل كان يحق له القيام به لولا وجود هذا الالتزام. مثال ذلك اشتراط رب العمل على العامل عدم إفشاء أسرار المهنة كشرط لتشغيله معه واشتراط مشتري محل تجاري على البائع عدم ممارسة نوع معين من التجارة في المكان الذي يقع فيه المحل المبيع.

الالتزام الايجابي، هو التزام يكون محله قيام المدين بإعطاء شيء او القيام بعمل معين.

ويراد بالالتزام بالإعطاء الالتزام بنقل الملكية او أي حق عيني آخر، كالتزام بائع الشيء المنقول المعين بالنوع بنقل ملكية ما باعه إلى المشتري. ويراد بالالتزام بقيام بعمل ان يقوم المدين بعمل معين لمصلحة الدائن كرسم لوحة فنية او إجراء عملية جراحية او بناء مسكن .... . وتبدو أهمية التقسيم من ناحيتين هما:

من ناحية الإعذار: لابد من إعذار المدين بالتزام ايجابي حتى يعتبر متأخرا في التنفيذ تأخراً يرتب عليه القانون أثار مهمة.أما الالتزام السلبي فلا حاجة فيه لإعذار المدين لان مجرد مخالفة المدين لالتزامه يعتبر امتناعاً عن التنفيذ يرتب القانون أثاره لعدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الإخلال في اغلب الأحوال.

من ناحية الجزاء: القاعدة في الالتزام السلبي هي انه إذا اخل المدين بالتزامه فانه يتعرض غالباً إلى جزاء دفع التعويض لصعوبة تنفيذ هذا الالتزام تنفيذا عينياً قهرياً لما يمثله هذا القهر من إرهاق للمدين.

أما القاعدة في الالتزامات الإيجابية هي ان يجوز للدائن إذا ما اخل المدين بالتزامه ، ان يقوم الدائن بتنفيذ الالتزام تنفيذا عينياً على حساب المدين باستئذان المحكمة في الحالات العادية وبدون استئذانها في الحالات المستعجلة، فان اخل المقاول بالتزامه ببناء دار يجوز التنفيذ على حسابه بالاتفاق مع مقاول آخر.

٣- الالتزامات الفورية والالتزامات المستمرة:

الالتزام الفوري او غير المتتابع، هو ذلك الالتزام الذي يمكن تنفيذه دفعة بفعل واحد ولا يستطيل تنفيذه بطبعه ولا يمتد مع الزمن فلا يقاس مقداره بمقياس زمني بل بمقياس مكاني.
ويبقى الالتزام فورياً ولو اجل تنفيذه إلى مدة من الزمن او اتفق على ان الثمن يكون على شكل أقساط شهرية، لأنه في الحالة الاولى حين يحل الموعد ينفذ دفعة واحدة وفي حالة الأقساط فان الزمن لن يكون مؤثراً على مقدار الثمن زيادة او نقصاناً فهو يقاس بكميته المتفق عليها ابتداءاً.ويقال للعقد الذي ينشئ هذا النوع من الالتزامات عقداً فورياً، ومثاله التزام البائع في عقد البيع بتسليم المبيع حيث ينفذه دفعة واحدة حالا او في ميعاد آخر يتفق عليه.
الالتزام المستمر او المتتابع، هو ذلك الالتزام الذي يستلزم تنفيذه القيام بعمل او أعمال تستطيل مع الزمن فلا يتم تنفيذه دفعة واحدة بفعل واحد. ويقال للعقد المنشئ لهذا النوع من الالتزامات العقد المستمر او عقد المدة او العقد الزمني، ومن أمثلته جميع الالتزامات السلبية التي يكون موضوعها امتناعا عن عمل، لان الامتناع حالة تمتد وتستمر مع الزمن، كالامتناع عن المنافسة التجارية والتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة والالتزامات المتتابعة التي تنفذ بسلسة من الأعمال، كالتزام شخص بتوريد بضاعة معينة طوال مدة معينة، في مقابل التزام الطرف الآخر بدفع الثمن عن كل توريد.

٤- الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة:

الالتزام بنتيجة او المحدد، هو الالتزام الذي يلتزم بموجه شخص بتحقيق نتيجة معينة.
ومثاله ان يتعهد ناقل بنقل البضاعة خلال يومين او ان يتعهد مقاول ببناء دار خلال ستة اشهر او ان يتعهد مؤجر بتمكين مستأجر من الانتفاع من العين المؤجرة مدة سنتين.
الالتزام بوسيلة او ببذل عناية، هو ذلك الالتزام الذي يلتزم بموجبه شخص بمجرد إتباع قدر معين من الحيطة والحذر في سلوكه مع الغير. ومثاله التزام المحامي نحو موكله والتزام الطبيب نحو مريضه.
أهمية التقسيم: تبدو الأهمية من حيث المسؤولية والإثبات، فان كان المدين ملتزماً بتحقيق نتيجة ولم يحققها، عد مخطئاً وتحققت مسؤوليته، ما لم يثبت ان عدم تحقيق النتيجة يعود الى سبب أجنبي لا يد له فيه. ويقع عبأ إثبات السبب الأجنبي على عاتق المدين نفسه.
مثال ذلك التزام المقاول ببناء دار خلال ستة أشهر فان انقضت المدة ولم يكتمل البناء عد مخطئاً وتحققت مسؤوليته، ما لم يثبت المقاول ان سبباً أجنبيا منعه من إكمال العمل كقوة قاهرة او خطأ الدائن نفسه، ومثال القوة القاهرة ان فيضان غمر منطقة البناء او صدور قانون يمنع البناء في هذه المنطقة، ومثال خطأ الدائن انه لم يدفع الأقساط المتفق عليها إلى المقاول في مواعيدها.
وعلى العكس من ذلك اذا كان المدين ملتزماً بوسيلة او ببذل عناية فانه يلتزم فقط بأن يتخذ الحيطة اللازمة لمحاولة الوصول إلى النتيجة المطلوبة، فان لم تتحقق النتيجة المطلوبة كان على الدائن ان يثبت ان المدين لم يتخذ الحيطة والعناية اللازمة في تنفيذ التزامه. ومثال ذلك التزام الطبيب فان فشلت العملية الجراحية كان على الدائن وهو المريض ان يثبت إهمال الطبيب وانه لم يتخذ العناية والحيطة اللازمة في علاجه.

٥- الالتزامات الشخصية والالتزامات العينية

الالتزامات الشخصية، هي تلك الالتزامات التي يلتزم بها المدين شخصياً بحيث تكون ذمته المالية جميعها ضامنة للوفاء بالتزامه فيكون للدائن ضمان عام على أموال المدين.
الالتزامات العينية، هي تلك الالتزامات التي يلتزم بها المدين بصفته حائزاً لبعض الأشياء او الأموال، وفي حدود تلك الأشياء والأموال فقط، دون ان يكون ملتزماً في مجموع ذمته المالية. ومن أمثلة ما تقدم حالة الكفالة، حيث يلتزم شخص قبل الدائن بان يقوم بالوفاء بالدين إذا لم يقم المدين به، فإذا تدخل الكفيل لضمان المدين بصفة مطلقة بحيث تكون ذمته المالية جميعاً، اي جميع أمواله، ضامنة للوفاء نكون إزاء كفالة شخصية، فان لم يوف المدين بالتزامه كان للدائن ان ينفذ على إي مال من أموال الكفيل او جميعها لإستحصال كامل حقه منها.

أما إذا قام شخص بتخصيص مال معين من أمواله كعقار معين من عقاراته ضماناً للوفاء بدين المدين فنكون إزاء الكفالة العينية، والكفيل العيني لا يكون مسؤولاً عن دين المدين إلا في حدود قيمة هذا العقار فقط حتى وان لم تكفي قيمته لسداد كامل الدين.

٦- الالتزامات الأصلية والالتزامات التبعية:

الالتزام الأصلي، هو ذلك الالتزام الذي يقوم مستقلاً دون ان يستند إلى التزام آخر.
الالتزام التبعي، هو ذلك الالتزام الذي يقوم مستنداً إلى التزام أصلي ويدور معه وجوداً وعدماً.
فان وجد التزامان وكان احدهما أساسا للآخر كان الاول أصليا والآخر تبعياً. ويتحقق ذلك في حالتين:
الحالة الاولى: يكون فيها الالتزام الأصلي *نتيجة قانونية* للالتزام الآخر. مثاله التزام المدين بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم قيامه بتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً.
الحالة الثانية: يكون فيها الالتزام التبعي *ناشئاً تبعاً لالتزام أصلي وبالاستناد إليه*.ومثاله التزام الكفيل فهو التزام تبعي، لأنه يتبع الدين الأصلي ولا يقوم إلا بقيامه، وكذلك التزام الشخص بدفع قيمة الشرط الجزائي هو التزام تبعي لا يقوم إلا بقيام الالتزام الأصلي.وأهمية هذا التقسيم تبدو في ان الالتزام التبعي يرتبط بالالتزام الأصلي من حيث قيامه وانقضائه، فهو يدور معه وجوداً وعدماً وصحة وبطلاناً ما لم ينص القانون او يقضي الاتفاق بغير ذلك.

٢- مصـادر الالتـزام

يقصد بمصدر الالتزام، السبب القانوني الذي انشأ الالتزام، فمصدر التزام المشتري بدفع الثمن ومصدر التزام البائع بتسليم المبيع هو عقد البيع، ومصدر التزام مرتكب الفعل الضار بتعويض من أصيب بالضرر هو العمل غير المشروع، ومصدر التزام الأب بالنفقة على أولاده هو نص القانون.
التقسيم العلمي لمصادر الالتزام: يرى الأستاذ السنهوري أن السبب الذي يوجد علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يجد، هو حدث او واقعة توصف بأنها قانونية لأنه يترتب عليها أثر قانوني.والوقائع القانونية إما من صنع الطبيعة وإما من فعل الانسان، ومثال الاولى نزول صاعقة تحرق المبيع فينقضي التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن. اما إذا كانت من فعل الانسان فقد تكون عملاً مادياً أو عملاً قانونياً، والعمل المادي قد يكون فعلاً ضاراً فيلتزم مرتكبه بتعويض الضرر أو فعلاً نافعاً فيرد من انتفع قيمة ما أثرى به.
أما العمل القانوني فهو اتجاه الإرادة نحو إحداث اثر قانوني، ويسمى التصرف القانوني، وهو على نوعين فقد يكون تصرفاً صادراً من جانبين أي عقداً كعقد البيع وغيره، وقد يكون تصرفاً صادراً من جانب واحد وهو الإرادة المنفردة ومثالها الوعد بجائزة. و،يضاف اليها مصدر خامس هو نص القانون، فهناك وقائع يرتب عليها القانون مباشرة أثرا قانونيا كواقعة القرابة التي تولد التزاماً بالنفقة او تحرم الزواج بين المحارم وهذه المصادر يمكن ردها إلى طائفتين: مصادر إرادية وتشمل العقد والإرادة المنفردة ويطلق عليها اسم التصرف القانوني او العمل القانوني. ومصادر غير إرادية وتشمل العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، ويطلق عليها اسم الواقعة القانونية.
والفرق بين العمل القانوني (التصرف القانوني) والواقعة القانونية، ان العمل القانوني، كالعقد والإرادة المنفردة، هو إرادة تتجه نحو إحداث اثر قانوني، أما الواقعة القانونية ،كواقعة الجوار او الفعل الضار و الفعل النافع، فهي ظرف أو عمل مادي يرتب القانون على وقوعه أثراً قانونياً، سواء اتجهت الإرادة إلى إحداث هذا الأثر أم لا.
التصرفات القولية والتصرفات الفعلية: ومن الجدير بالذكر ان فقهاء الشريعة الإسلامية يستعملون تعبير التصرفات القولية ويقصدون بها ما يريده فقهاء القانون الوضعي بتعبير التصرفات القانونية، ويستعملون تعبير التصرفات الفعلية ويقصدون بها ما يريده فقهاء القانون الوضعي بتعبير الواقعة القانونية.
يتضح مما تقدم ان مصادر الالتزام هي، العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع والقانون، ونتولى دراستها بالتتابع في خمس أبواب:

الباب الاول
العقـــــد

تمهيد:

١- تعريف العقد: يعرف بعض الفقهاء العقد بأنه تطابق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثار قانونية سواء كانت هي إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه. ويلاحظ على التعريف:

- انه يتسع ليضم جميع صور الاتفاقات التي تتناول الالتزام من حيث نشأته أو نقله او تعديله او إنهاؤه، ومن ثم لا توجد أهمية عملية للتفرقة التي نادى بها بعض الشراح الفرنسيين بين العقد الذي يرون انه يقتصر على تلاقي الإرادتين لإنشاء الالتزام، والاتفاق الذي يشمل في عمومه الصور الأخرى لنقل الالتزام وتعديله وإنهاؤه.

- ينبني على هذا التعريف ناحيتين:

أولهما: ان إرادة واحدة لا يمكن ان تكون عقداً بل يجب لتكوينه اجتماع إرادتين،

وثانيهما: ضرورة ان تتجه الإرادتين إلى إحداث اثر قانوني، فإذا لم تتجه الإرادتين إلى إحداث هذا الأثر، كدعوة صديق إلى وليمة غداء لا يمكن ان يقوم بينهما عقد بالمعنى القانوني الذي نقصده في هذا التعريف.

تعريف المشرع العراقي للعقد: عرف المشرع العراقي العقد في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ على انه:

(ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)

ويفهم من هذا التعريف:

١- أن العقد إرادتان متحدتان مرتبطتان لا إرادة واحدة: د حرص المشرع العراقي على تأكيد الفرق بين العقد والإرادة المنفردة، ذلك ان العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية يستعملون كلمة العقد ويريدون بها جميع الالتزامات الشرعية سواء كانت نتيجة اتفاق بين طرفين أم كانت نتيجة إرادة شخص واحد. ولهذا اراد المشرع العراقي بتعريفه المتقدم ان يحصر العقد في نطاقه الفني فيقصره على الالتزامات الناشئة عن اتحاد إرادتين.

٢- ان المشرع العراقي يأخذ بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي، دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني، فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث انه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين وهذا هو المعنى السائد في النزعة اللاتينية، بل من حيث انه يثبت أثره في المعقود عليه، أي انه يغير المحل من حالة إلى حالة وهنا تبرز النزعة الموضوعية.

تحديد منطقة العقد:ليس كل اتفاق يراد به إحداث اثر قانوني يكون عقداً، بل يجب ان يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية.

فالمعاهد اتفاق بين دولة ودولة، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه، تولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف.... ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً، إذ هي تقع في نطاق القانون العام، الدولي والدستوري والإداري.

والزواج اتفاق بين الزوجين، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبنى، هذه الاتفاقات لا تدعى عقودا وإن وقعت في نطاق القانون الخاص، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية. اما إذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد كالبيع والإيجار والقرض والعارية.

٢- مبدأ سلطان الإرادة:يدخل مبدأ سلطان الإرادة في نطاق فلسفة القانون، ولما له من نتائج عملية مهمة نشير إليه في إيجاز:مبدأ سلطان الإرادة من نتائج فلسفة القرن الثامن عشر التي اتسمت بالفردية والآراء الحرة والتي نبع عنها إعلان حقوق الانسان، وملخص هذه الفلسفة هي ان الناس ولدوا أحراراً ومتساوين في الحقوق وهذه الحرية والمساواة تقتضي بأن يسمح هم بأن يأتوا ما شاءوا من التصرفات بشرط عدم الأضرار بالغير. أما القهر الاجتماعي الذي يتمثل في القانون فيجب إلا يكون إلا في أضيق الحدود لحماية النظام العام.

والنتيجة المنطقية لهذه الفلسفة الفردية الحرة هو ان تعتبر الإرادة هي مصدر القوة الملزمة للعقد. اما دور القانون فانه تحقيق تنفيذ الالتزام الذي ارتضاه الطرفان. وهذا ما يعبر عنه بأن (العقد شريعة المتعاقدين).
نتائج تطبيق مبدأ سلطان الإرادة: تترتب على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة نتيجتان هامتان:
١- حرية التعاقد: فالأفراد أحرار في ان ينشئوا ما شاءوا من أنواع العقود وأن يضمنوها الشروط التي يرتضونها. فلا يجوز للقانون ان يفرض قيوداً على حرية التعاقد إلا استثناء لحماية النظام العام والآداب.
٢- احترام الإرادة التعاقدية: يجب ان ينفذ اتفاق الطرفان (الدائن والمدين) كما هو وبالصورة التي أراداها فلا يجوز ان يعدل أو يوقف تنفيذ الالتزام إلا باتفاق جديد بينهما، ومن ثم لا يجوز للقانون ولا للقاضي أن يتدخلا في حياة العقد بالتعديل أو إيقاف التنفيذ.
نقد مبدأ سلطان الإرادة: ١- يتجاهل المبدأ فكرة التضامن الاجتماعي.
٢- تقتضي العدالة ان يتدخل القاضي والمشرع في حياة العقد في أوقات الأزمات الاقتصادية التي تؤدي الى اختلال توازن التزامات طرفي العقد لتدليل التزامات المتعاقدين.

إلى أي حد تسيطر الإرادة على العقود (دور الإرادة في نطاق القانون الخاص):

في مجال الأحوال الشخصية: إذا كان عقد الزواج، وهو الأساس الذي تقوم عليه الأسرة، مصدره إرادة المتعاقدين، إلا ان الآثار التي تترتب عليه ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع.
في مجال المعاملات المالية: ان الإرادة هنا مصدر لكثير من الحقوق والالتزامات وتحديد اثارها ومع ذلك فان الإرادة في هذا المجال ترد عليها قيود النظام العام الآداب.
كما يضعف دور الإرادة في العقود التي تضع نظماً ثابتة للطواف والجماعات، كما هو الشأن في عقد العمل الجماعي وعقد الصلح مع المفلس حيث تخضع إرادة الأقلية للأغلبية. وفي حالة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد نتيجة الظروف الطارئة- يسمح للقاضي بتعديل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فالقانون في الوقت الحاضر يعترف بمبدأ سلطان الإرادة ولكنه يحصره في دائرة معتدلة تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام.

٣- أنواع العقود

العقد من حيث التكوين هو إما ان يكون عقداً رضائياً أو شكلياً أو عينياً. ومن حيث الأثر إما ان يكون عقداً ملزماً لجانبين او ملزما لجانب واحد وإما ان يكون عقد معاوضة او عقد تبرع وهو من حيث الطبيعة إما ان يكون عقداً فورياً او عقداً مستمراً، وإما ان يكون عقداً محدداً او عقداً احتمالياً.

العقد الرضائي والعقد الشكلي العقد العيني:

العقد الرضائي: هو ذلك العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي، أو في عبارة أخرى، مجرد توافق الإرادتين، والأصل في العقود إنها رضائية، والرضائية هي القاعدة العامة في القانون العراقي.
العقد الشكلي: هو ذلك العقد الذي يجب لقيامه ان يتخذ رضاء المتعاقدين فيه شكلاً معيناً يحدده القانون.
والشكل في الغالب ورقة رسمية وقد تكون عرفية، فان كانت ورقة رسمية سمي عقداً رسمياً، كعقد الرهن التأميني، اما الورقة العرفية فتقتصر على مجرد الكتابة كعقد الشركة. واياً كان الشكل الذي يتطلبه القانون فأنه يعتبر ركناً في العقد الشكلي ولا يقوم بدونه.
إلا انه يجب التمييز بين الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد والطريقة التي يوجبها لإثباته، فالعقد الذي تزيد قيمته على خمسين دينار، ويجب إثباته بالكتابة، إنما يظل عقداً رضائياً لان الكتابة ليست ركناً فيه وليست لازمة لقيامه، بل مجرد طريقة لإثباته لا اثر لها على وجوده، وكل ما يترتب على تخلفها صعوبة إثبات العقد، الذي يظل، مع ذلك ممكناً، بالإقرار او اليمين مثلاً بل اذا وجد ومبدأ الثبوت بالكتابة بالبينة او القرائن.
العقد العيني: هو ذلك العقد الذي يعتبر تسليم العين محل العقد ركناً فيه فلا ينعقد بمجرد التراضي.
وإذا كان الفقه المدني الحديث يميل إلى التخلص من فكرة عينية العقود التي انحدرت من الرومان إلا ان ذلك لا يساير اتجاه المشرع العراقي الذي تأثر بالفقه الإسلامي الذي يتوسع في عينية العقود توسعاً ظاهراً، وعلى هذا نجد المشرع العراقي يجعل من هبة المنقول والقرض وشركة المضاربة والوديعة والعارية ورهن الحيازة

عقوداً عينية حيث نص صراحة على أنها لا تتم إلا بالقبض. وليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على ان العقد لا يتم إلا بقيام احدهما بتسليم ما تعهد بأدائه، ومن ذلك ان شركات التأمين تشير احياناً إلى ان عقد التأمين لا ينشأ إلا بعد قيام المؤمن له بدفع القسط الاول وبهذا الاتفاق يصبح العقد عينياً، لان التسليم يعتبر ركناً فيه.

العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد:

العقد الملزم لجانبين (التبادلي)، هو ذلك العقد الذي ينشئ منذ إبرامه التزامات متقابلة في ذمة عاقديه بحيث يكون كل منها دائناً ومدينا للآخر في نفس الوقت. فعقد البيع مثلاً يرتب منذ إبرامه التزامات في ذمة المشتري أهمها التزامه بدفع الثمن، كما يرتب التزامات في ذمة البائع أهمها التزامه بتسليم المبيع.

العقد لملزم لجانب واحد، هو ذلك العقد الذي ينشئ منذ إبرامه التزامات في ذمة احد عاقديه دون الآخر، فيكون احدهما دائنا والآخر مديناً. فعقد الوديعة مثلاً لا يرتب التزامات إلا في ذمة المودع لديه وحده، هي المحافظة على الشيء المودع، ورده عيناً عند انتهاء العقد. أما المودع فلا يترتب التزام ما في ذمته.

وتترتب على التمييز العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد عدة نتائج أهمها:

١- (من حيث الترابط) في العقد الملزم لجانبين يوجد ترابط بين التزامات كل طرف من طرفي العقد. ويترتب عليه انه اذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه جاز للآخر ان يمتنع عن تنفيذ التزامه وان يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، ويجوز له ان يطلب فسخ العقد.

أما في العقد لملزم لجانب واحد فلا محل لطلب الفسخ من الطرف غير الملتزم بشيء او التمسك بعدم التنفيذ لانه لا يتحمل بأي التزام حتى يتحلل منه بالفسخ او يتمسك بعدم التنفيذ.

٢- (من حيث السبب) في العقد الملزم لجانبين تعتبر التزامات كل من المتعاقدين هي سبب التزامات المتعاقد الآخر طبقاً للنظرية التقليدية في السبب.

أما في العقد لملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام على عاتق احد الطرفين يمكن اعتباره سبباً لالتزام المتعاقد الآخر.

٣- (من حيث الاستحالة) في العقود الملزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ التزام احد الطرفين فانه ينقضي، وينقضي التزام المتعاقد الآخر، ويفسخ العقد، وهذا غير متصور بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد.

عقد المعاوضة وعقد التبرع:

عقد المعاوضة، هو ذلك العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه. فعقد البيع عقد معاوضة بالنسبة للبائع والمشتري، لان البائع يأخذ الثمن مقابل إعطاء المبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابل إعطاء الثمن.

وليس من الضروري ان يأخذ المتعاقد المقابل من الطرف الآخر وهذا ما يميز عقد المعاوضة عن العقد الملزم لجانبين، فعقد الكفالة معاوضة بالنسبة للدائن، لأنه اخذ كفالة من المتعاقد الآخر وهو الكفيل في مقابل إعطاء الدين لا للكفيل بل للمدين وهو ليس بطرف في عقد الكفالة. اما بالنسبة للكفيل فعقد الكفالة يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالته لأنه أعطى دون ان يأخذ.

مما يتقدم يتضح ان العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى احد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة إلى المتعاقد الآخر.

عقد التبرع، هو ذلك العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه أو لا يعطي مقابلاً لما أخذه. فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئا من المستعير في مقابل الشيء المعار وبالنسبة للمستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمعير في مقابل الشيء المعار. وكذلك تعتبر عقود تبرع الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة إذا كانت هذه العقود دون مقابل.

النتائج المترتبة على التمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع:

١- (من حيث المسؤولية) مسؤولية المتبرع اخف عادة من مسؤولية المعاوض، مثالها ان مسؤولية المودع عنده أيسر من مسؤولية المستأجر. كما ان مسؤولية المتبرع له اشد عادة من مسؤولية المعاوض، مثالها ان مسؤولية المستعير اشد من مسؤولية المستأجر.

٢- (من حيث الضمان) ضمان المتبرع اخف من ضمان المعاوض، مثلاً في الهبة لا يضمن الواهب الاستحقاق ولا العيب إلا إذا اخفي سببه او قصد ضمانه او كانت الهبة بعوض.
٣- (من حيث الغلط) الغلط في الشخص مؤثر في عقود التبرع، وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا اذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار كما في الشركة والمزارعة.
٤- (من حيث الدعوى البولصية) يجوز الطعن بالدعوى البولصية في عقود التبرع دون حاجة إلى إثبات سوء نية المتعاقدين، فإذا وهب المدين المعسر شخصاً آخر شيئاً من ماله جاز للدائن الطعن في الهبة ولو كان الواهب والموهوب له حسن النية،اما في عقود المعاوضة كالبيع فلا بد من إثبات تواطؤ البائع مع المشتري.

العقد المحدد والعقد الاحتمالي:

العقد المحدد، هو ذلك العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين ان يحدد وقت تمام العقد مقدار ما اخذه او ما اعطاه ولو كان البدل غير متعادل.
فبيع شيء بثمن معين، عقد محدد مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع.
العقد الاحتمالي، هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين ان يحدد وقت تمام العقد المقدار الذي اخذ او المقدار الذي اعطى.
فالبيع بثمن هو مرتب مدى الحياة عقد احتمالي، لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع المقدار الذي اعطى الا انه لا يستطع ان يعرف في ذلك الوقت المقدار الذي اخذ اذ الثمن لا يتحدد إلا بموته.
والمشتري كالبائع يبرم عقداً احتمالياً فهو يعرف المقدار الذي اخذ ولكنه لا يعرف المقدار الذي أعطى وهو الثمن الذي لا يتحدد إلا بموت البائع. ومن العقود الاحتمالية عقود التأمين وبيع الثمار قبل انعقادها بثمن جزاف.

وتترتب على هذا التقسيم بعض النتائج القانونية:

١- (من حيث الاحتمال) يتأسس العقد الاحتمالي بصفة أصلية على عنصر الاحتمال، اي احتمالية الكسب او الخسارة او عدم التوازن بين التزامات الطرفين، فلو اتضح ان هذا الاحتمال لا وجود له عند التعاقد وان حسبه المتعاقدان موجوداً فالعقد باطل. كما لو تعاقد شخص على التأمين على حياة أخر اتضح انه ليس على قيد الحياة. أو اذا باع شخص منزلاً بإيراد يعطى لشخص ثالث طول حياته، وظهر ان هذا الشخص مات قبل وقوع البيع.
٢- (من حيث الغبن) لا يتأثر العقد الاحتمالي عادة بالغبن، لأن الأساس الذي يقوم عليه هو فكرة الاحتمال، وجواز عدم تعادل التزام احد المتعاقدين مع التزام الآخر.
٣- (نظرة المشرع) لا ينظر المشرع عادة بارتياح إلى العقود الاحتمالية، ولذلك فهو لا يجيز بعضها، من ذلك ما تقرره المادة (٩٧٥) مدني بقولها (يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة او رهان).

العقد الفوري والعقد المستمر:

العقد الفوري، هو ذلك العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ويرد على اداء يمكن تنفيذه في الحال.
ومثاله عقد البيع الذي يلتزم البائع فيه بنقل ملكية شيء الى المشتري. ويظل العقد فورياً حتى لو اجل تسليم الشيء المبيع. او لو كان المبيع شيئاً مستقبلاً كثمار حديقة لم تنضج بعد لأن عنصر الزمن في هذيت الفرضين لا يلعب دوراً جوهرياً في العقد ولا يؤثر بصفة خاصة في ثمن المبيع.
العقد المستمر (الزمني، عقد المدة)، هو ذلك العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه.
والعقد المستمر على نوعين، مستمر التنفيذ أو دوري التنفيذ، ومثال الاول عقد الإيجار لان الانتفاع بالشيء لا يتصور إلا ممتداً مع الزمن وتحسب الأجرة على أساس المدة فهو مستمر التنفيذ لان المنفعة تتحصل شيئاً فشيئاً.
ومثال الثاني عقد التوريد كالعقد الذي يلتزم فيه شخص بتوريد مواد غذائية لمدرسة او ناد في فترات منتظمة.

النتائج المترتبة على التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر:

١- أثر الفسخ الرجعي: للفسخ اثر رجعي، فإذا فسخ العقد اعتبر كأن لم يكن وزالت كل الآثار التي رتبها منذ إبرامه بنص القانون، ومع ذلك لا يسلم به الفقه الحديث في العقد المستمر ويجرد فسخه من الأثر الرجعي بحجة ان ما نفذ منه لا يمكن إعادته.
٢- ضرورة الإعذار: في العقد الفوري هناك ضرورة للإعذار في اغلب الأحيان لاستحقاق التعويض عن التأخر في تنفيذه، ولا ضرورة للإعذار في العقد المستمر لان تأخر المدين في تنفيذ التزامه يجعل من تنفيذه غير ممكن على الأقل بالنسبة لما فات منه.
٣- نظرية الظروف الطارئة: يعتبر العقد المستمر هو النطاق الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة لإمكان تغير الظروف في أثناء سريانه عما كانت عليه وقت إبرامه، أما العقد الفوري فلا يخضع للنظرية إلا إذا كان تنفيذه مؤجلاً.

الفصل الاول

أركــــان العقـــــد

العقد يقوم على الإرادة، إي تراضي المتعاقدين، والإرادة يجب ان تتجه إلى غاية مشروعة، فللعقد ركنان: التراضي والسبب، أما المحل فهو ركن من الالتزام لا في العقد، ولكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الناشئ من العقد، فالمحل يبحث عادة ضمن أركان العقد. وقد يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكلية معين ومن هنا كان الشكل ركن من أركان العقد الشكلي،وفي ضوء ما تقدم نبحث في أركان العقد، التراضي والمحل والسبب.

المبحث الاول

التراضي

يوجد التراضي بوجود إرادتين متوافقتين. ووجودهما يكفي لوجود العقد ولكنه لا يكفي لصحته، فيجب ان يكون رضاء كل من المتعاقدين صحيحاً غير مشوب بعيب من عيوب الرضا.

المطلب الاول

وجود التراضي

لوجود التراضي يجب ان توجد إرادة وان تتجه إلى إحداث اثر قانوني وان توجد إرادة أخرى مطابقة لها بحيث يتحقق التوافق بين الإرادتين.

١- وجود الإرادة والتعبير عنها:

وجود الإرادة: لقيام العقد يجب ان توجد إرادة لدى المتعاقد، فلا يعتد القانون بالتصرفات الصادرة من معدوم الإرادة، كفاقد التمييز لصغر السن او الجنون او فقد الوعي و الإرادة بسبب المرض او السكر او التنويم المغناطيسي.ويجب ان تتجه الإرادة إلى إحداث اثر قانوني أيضا. فلا يعتد قانوناً بأعمال المجاملات المجانية والاتفاقات الأسرية دون نية الالتزام ولا عبرة بالإرادة الصورية او إرادة الهازل او من يعلق التزامه على محض المشيئة كالقول أقرضك مالاً ان أردت، فلا توجد إرادة جدية في مثل هذه الصور.
التعبير عن الإرادة: الإرادة كامنة في النفس ولا بد من الإفصاح عنها حتى يعتد بها قانوناً، فالتعبير هو المظهر الخارجي المادي للإرادة، وهذا التعبير قد يكون صريحاً او ضمنياً.
والتعبير الصريح، هو الإفصاح عن الإرادة بطريقة مباشرة بوسيلة تكشف عنها حسب المألوف بين الناس في تعاملاتهم.
كالمشافهة باللسان او بالتلفون او بالإشارة غير المبهمة من الأخرس او الإشارة المعتبرة الشائعة بين الناس ولو صدرت من غير الأخرس إذا تواضع الناس على دلالتها كهز الرأس عمودياً للقبول وهزاً افقياً او هز الكتف للرفض.او بالكتابة في محرر او نشرة او إعلان او معاطاة او مبادلة فعلية باليد او بإيفاد رسول لا يكون نائباً. ويكون بإتخاذ أي موقف آخر لا يحتمل دلالته أي شك، كعرض البضاعة مع ثمنها او وضعت آلات ميكانيكية في الطريق لبيع السلع فهذا إيجاب ويكون قبول الأفراد للحصول على السلعة بوضع النقود في

المكان المخصص لها ووقوف العجلات في مراب السيارات هو تعبير صريح عن إرادة التعاقد أيضا إذا استوفى عناصر الإيجاب أيضا ونصت المادة (٧٧) مدني عراقي على انه (يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع او بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال).

أما التعبير الضمني، فهو الإفصاح عن الإرادة بطريقة غير مباشرة أي بوسيلة لا تتفق مع المألوف بين الناس.
فبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار دليل على انه يريد تجديد عقد الإيجار ضمناً.
او يتصرف شخص في شيء عرض عليه شرائه كبيعه لأخر يعد دليلاً على قبوله الشراء ضمناً.

هل يعتبر السكوت تعبير عن الإرادة: السكوت موقف سلبي محض لا يمكن ان يكون تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب لا على وجه صريح ولا على وجه ضمني لكونه عدماً، فالبائع الذي يعرض بضاعة وعليها ثمنها لا يوصف بأنه اوجب عن طريق السكوت لانه ليس بساكت بل اتخذ موقفا ايجابيا صريحا وهو عرض البضاعة مع الثمن فقد اوجب بقلمه بدل لسانه بكتابة الثمن ونطق بيده بعرض السلعة للجمهور، فهناك أفعال لا تقل دلالة على الألفاظ في التعبير عن الإرادة.

الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة: إذا كان التعبير عن الإرادة الظاهرة مطابقاً للإرادة الباطنة الكامنة في نفس الشخص فلا صعوبة في الأمر لتطابق الإرادتين، ولكن قد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة كشخص ينوي شراء غرفة نوم فيؤشر في قائمة أثاث إمام غرفة طعام او تاجر يضع على بضاعته سعر اقل من السعر الحقيقي، فهل يعتد بالإرادة الظاهرة ام الإرادة الباطنة؟ للفقه والتشريعات مذاهب متعددة:
ترى نظرية الإرادة الباطنة الاعتداد بالإرادة الحقيقة الباطنة ولما كانت هذه الإرادة كامنة في النفس فيعتبر التعبير عنها كدليل على الإرادة الحقيقية ولكنه دليل يقبل إثبات العكس.
بينما ترى نظرية الإرادة الظاهرة انه يعتد بالإرادة في مظهرها الاجتماعي الظاهر الملموس الذي اطمأن إليه المتعاقد الآخر لضمان استقرار المعاملات فلا يقبل من احد المتعاقدين الادعاء بأن النية التي أضمرها تخالف التعبير عن الإرادة. ومن الناحية العملية لا يوجد فرق كبير بين النظريتين إلا إذا أقيم الدليل على الاختلاف بين الإرادتين وهو أمر يصعب إثباته. وتأخذ التشريعات ومنها المشرع العراقي تارة بالإرادة الباطنة وتارة أخرى بالإرادة الظاهرة كلما اقتضى استقرار التعامل ذلك.

متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره: تنص المادة (٩١) مدني مصري على انه (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه، ويعتبر وصول العبير قرينة على العلم به ما لم يق الدليل على عكس ذلك).يستفاد من النص ان التعبير عن الإرادة في التعاقد، سواء إيجاباً أو قبولاً، لا ينتج أثره إلا حين وصوله الى علم من وجه اليه.فان كان التعبير إيجاباً، وهو العرض البات للتعاقد، فانه لا ينتج أثره إلا إذا وصل الى علم من وجه إليه، ففي هذه اللحظة يصبح صالحاً للقبول.
وإذا كان التعبير قبولاً، فهو لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وهو الموجب، وعندئذ يقترن الإيجاب بالقبول ويتم العقد. وللموجب ان يعدل عن إيجابه قبل اتصاله بعلم من وجه إليه او بعد وصوله اذا كان غير ملزم كما في بعض الحالات. وللقابل ان يرجع عن قبوله ايضاً قبل اتصاله بعلم الموجب، وعندئذ لا ينعقد العقد.
أما إذا اتصل القبول بعلم الموجب انعقد العقد ولا يجوز لأحد طرفيه ان يرجع فيه بإرادة واحدة.
ولم يورد المشرع العراقي نصاً مماثلاً لأنه لم يشأ ان يخلط بين وجود الإرادة ولزومها ولان القواعد العامة تؤدي اليه في بعض تطبيقاته وانما أشار إلى ذلك اللزوم في مجال التعاقد بين غائبين في المادة (٨٧) مدني عراقي.

وصول التعبير قرينة على العلم به: ان وصول التعبير عن الإيجاب او القبول قرينة على العلم به ولكنها قرينة قانونية غير قاطعة يجوز لمن وجه إليه التعبير ان يقيم الدليل على عدم علمه بفحواه رغم وصوله إليه جاز إسقاط هذه القرينة كإثباته مثلاً انه كان غائباً عن المدينة او راقدا في المستشفى او ان الكتاب استلمه احد افراد أسرته ولم يسلمه إليه.

اثر الموت أو فقد الأهلية في قيام التعبير عن الإرادة: حسب المادة (٩٢) مدني مصري، إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقدت أهليته، قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر للإيجاب او

القبول عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه وينعقد العقد في مواجهة الورثة او القيم ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل، كأن كانت شخصية من توفى محل اعتبار في العقد.
موقف المشرع العراقي: لم يتبن المشرع العراقي نصاً مماثلاً للنص المصري، فدل ذلك على انه اختار حكماً مغايراً له، وعلى ذلك فان التعبير عن الإرادة يسقط بموت صاحبه او بفقده أهليته، فإذا اوجب الموجب وقبل القابل ثم مات الموجب قبل ان يصل القبول إلى علمه، فان القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد.

٢- تطابق الإرادتين: المقصود بتطابق الإرادتين، أو التراضي، هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له. إذ انه يلزم لتمام العقد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين.
الإيجاب: هو التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد على أسس أو بشروط معينة. فهو الإرادة الاولى للتعاقد ويجب ان تتوفر فيه شروط الإرادة من حيث الوجود واتجاهها إلى إحداث اثر قانوني والتعبير عنها إضافة إلى وجوب اشتماله على العناصر الجوهرية او الأركان الأساسية التي تجعله صالحاً لان ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق، و كل شرط آخر يظفر بأهمية خاصة لدى الموجب ،ولو كان امراً ثانوياً، كميعاد التسليم او زمانه. وفي حياتنا اليومية يظهر الإيجاب في صورة عرض بات وقاطع لا ينقصه إلا اقتران القبول به، كشراء بضاعة بالثمن المكتوب او النزول في فندق بالسعر المحدد.
وهناك عقود هامة لا تظهر هكذا ببساطة بل يسبق الإيجاب البات مراحل تمهيدية، فقد تبدأ المسألة باقتراح ثم تتطور الى مفاوضات وتعتبر مفاوضة لا إيجاب الدعوة للتعاقد وكذلك عرض التعاقد دون تحديد أركانه كان يعرض منزلاً للبيع دون ان يحدد الثمن. فإذا خرج الطرفان من دور المفاوضة، ولم يكن هناك تحفظ، أصبحنا بصدد إيجاب بات. فإذا صادف هذا قبول مطابق تم العقد.
الصور التي يظهر فيها الإيجاب
١-: نصت المادة (٨٠) مدني عراقي على ان عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجابا، اما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان اخر متعلق بعروض او طلبات موجهة للجمهور او الأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما يكون دعوة للتفاوض.
٢- إيجاب مصحوب بتحفظات: قد يخرج الطرفان من المفاوضات بإيجاب مصحوب بتحفظات صريحة أو ضمنية كأن يعرض الشخص التعاقد بثمن معين مع احتفاظه بحقه بتعديل الثمن تبعاً لتغير الأسعار، او عرض التعاقد على الجمهور بسلعة محددة الثمن وكميتها و الإعلان عن أماكن للجمهور في مسرح إذ يكون الإيجاب ملحوظاً فيه ضمناً ان الكمية او الأماكن قد تنفذ، ففي هذه الحالات يتقيد الموجب بإيجابه مع مراعاة هذه التحفظات.
٣- الإيجاب في عقود المزاد: قد يتم التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة، مثل البيوع الجبرية عن طريق القضاء او البيع والإيجار من قبل المصالح الحكومية او الخاصة.
ان طرح الصفقة للبيع بالمزاد هو بمثابة دعوة إلى التفاوض أما الإيجاب فلا يكون إلا بتقديم عطاء والقبول هو إرساء المزاد على شخص معين، والتقدم يكون بميعاد ضمني يلتزم المتقدم به بالإبقاء عليه ، وينقضي هذا الميعاد عند التقدم بعطاء اكبر ولو كان باطلاً إي ولو كان العطاء الأكبر صادراً من مجنون او من شخص ممنوع من التعامل بشأن الصفقة المعروضة. وقد يشترط في إعلان المزايدة ان يكون لصاحب البضاعة الحق في رفض او قبول أي عطاء يقدم. وهذا الشرط صحيح ولا يتم إرساء المزاد إلا باستعمال الخيار المذكور، وفي المزايدات الحكومية الا يرسو المزاد إلا بعد تصديق الجهة المختصة عليه حيث يعتبر التصديق هو القبول.
٤- القوة الملزمة للإيجاب (الإيجاب الملزم) : تنص المادة (٨٤) مدني عراقي على انه (إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى ان ينقضي هذا الميعاد). ويفهم من النص: ان اقتران الإيجاب بميعاد يجعله ملزما وأساس الالتزام هو الإرادة المنفردة بنص القانون. وقد يستفاد الإلزام من طبيعة الحال وظروف

المعاملة فالبيع بشرط التجربة يستلزم تقيد البائع بإيجابه خلال المدة اللازمة للتجربة. أما إذا كان الإيجاب صادراً لغائب وجب على الموجب ان يبقى على إيجابه المدة اللازمة لوصول القبول إليه على افتراض ان القابل سيبعث برده دون إبطاء.

٥- الإيجاب القائم:قد يقوم الإيجاب دون ان يكون ملزماً، كالإيجاب الصادر في مجلس العقد والإيجاب غير محدد المدة بين الغائبين، في مثل هذه الصورة لا يسقط الإيجاب الا في ثلاث حالات:
١- ان يعدل عنه الموجب قبل انفضاض المجلس.
٢- ان يصدر من احد المتعاقدين في المجلس قول او فعل يدل على الإعراض عنه.
٣- ان ينفض المجلس دون ان يقترن الإيجاب بالقبول.
ولا عبرة بالقبول بعد سقوط الإيجاب، لان القبول المتأخر لا يصادف تعبيراً يقترن به ولذلك يكون إيجاباً جديداً.

٦- شخصية المتعاقد محل اعتبار:إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار فلا يعتبر إيجاباً ان يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركانه بل يكون دعوة للتعاقد، كأن يعلن شخص عن حاجته إلى سكرتير خاص يحمل شهادة معينة ويعمل بمرتب معين، او يعلن عن حاجته إلى شريك يعمل معه في مشروع بمبلغ معين، او ان ترسل شركة التأمين شروط ونسخة من العقد إلى شخص ، إذ ان هناك اعتبارات يجب ان تراعيها الشركة قبل التعاقد.

سقوط الإيجاب: يسقط الإيجاب بعد لزومه في حالتين: الاولى ان يرفض الإيجاب من وجه إليه هذا الإيجاب والثانية ان تنقضي المدة التي يلزم خلالها الإيجاب. فإذا سقط الإيجاب بعد انقضاء الميعاد اعتبر القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد.

القبول: القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب.
فهو الإرادة الثانية في العقد، ويشترط في القبول حتى ينتج أثره القانوني أي حتى ينعقد به العقد ما يأتي:
١- يجب ان تتوفر في القبول شروط وجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث اثر قانوني والتعبير عنها.
٢- يجب ان يصدر القبول والإيجاب لا يزال قائماً، فان حددت للإيجاب مدة صراحة او ضمناً وجب ان يصدر القبول قبل انتهائها، أما في مجلس العقد فيجب ان يصدر قبل انفضاضه او قبل انتهاء المدة المحددة في المجلس ، فان انتهت المدة أو سقط الإيجاب، فان القبول الذي يأتي بعد ذلك يعتبر إيجاباً جديداً للطرف الآخر ان يقبله او يرفضه.
٣- يجب ان يأتي القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، فإذا تضمن القبول إي تعديل للإيجاب في مسألة جوهرية او ثانوية فلا ينعقد العقد.

- الاتفاق على المسائل الجوهرية دون الثانوية، إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فان العقد ينعقد، وعند الخلاف بشأن المسائل التفصيلية فان المحكمة تقضي بها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة. فالقاضي هنا يكمل إرادة المتعاقدين ويساهم في إبرام العقد فيخرج عن مهمته العادية التي تقتصر على تفسير العقد. أما إذا تناقش المتعاقدان في المسائل التفصيلية دون الوصول الى اتفاق وتبين ان نيتهما انصرفت إلى تعليق الاتفاق على وصول حل بشأنها فإن العقد لا ينعقد.

حرية القبول: إذا وجه الإيجاب فان الموجب له يكون حراً في ان يقبله او يرفضه، إلا ان هذه الحرية ليست مطلقة دائماً، وإنما هي مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض وذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد بعد ان حدد شروطه، فلا يجوز له ان يرفض القبول في هذه الحالة إلا لسبب مشروع. ومثاله ان بعض التجار يعرضون على الناس التعاقد من خلال الإعلانات وفتح المطاعم والفنادق لاستقبال الزبائن، فالعرض من هؤلاء يعتبر دعوة للتعاقد لا إيجاباً، فان استجاب الناس للدعوةكانت الاستجابة إيجاباً لا يحق لصاحب الدعوة ان يرفضه إلا لسبب مشروع وإلا عد متعسفاً في استعمال هذا الرفض وتحققت مسؤوليته وللقاضي ان يحكم بتعويض للمتضررين او ان يعتبر العقد قائماً على سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك.

حالات خاصة للقبول: توجد صور خاصة للقبول هي السكوت الملابس وعقود الإذعان:

١ـ السكوت الملابس

الواقع ان السكوت موقف سلبي محض لا يدل على شيء. ويقال في الشريعة الإسلامية (لا ينسب إلى ساكت قول) ولا يمكن ان يكون تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب لا على وجه صريح ولا على وجه ضمني لكونه عدماً، وكذلك لا يعتبر قبولاً في معظم الأحوال، فان أرسلت دار نشر صحيفة إلى شخص فلا يعتبر سكته قبولاً للاشتراك في المجلة، إلا ان هناك حالات خاصة تحيط بها ظروف ملابسة بالسكوت تدل على ان السكوت بمثابة قبول للإيجاب، وتسمى بحالات السكوت الملابس نسبة إلى الظروف التي تلابسه وتحيط به.

ونص المشرع العراقي في المادة (٨١) مدني عراقي على ثلاث صور للسكوت الملابس:

١ـ إذا تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، كالهبة توجه إلى شخص فيسكت عن الرد فيحمل سكوته على انه قبول لها.

٢ـ إذا وجد تعامل سابق بين الطرفين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، فان السكوت يعتبر قبولاً.

مثال ذلك ان يرسل تاجر التجزئة طلب بضاعة من تاجر الجملة الذي يتعامل معه ويسكت تاجر الجملة عن الرد فيعتبر سكوته قبولاً منه للطلب وينعقد العقد.

٣ـ إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تجعل السكوت عن الرفض قبولاً فانه يعتبر كذلك في حكم القانون.

مثال ذلك ان يرسل البنك كشفاً بالحساب إلى عميله فيسكت عن الاعتراض عليه مدة كافية، اعتبر ذلك قبولاً منه لهذا الحساب.

٢ـ القبول في عقود الإذعان

عقد الإذعان هو عقد يسلم به القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ويكون ذلك متعلقا بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني او فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق.

ومن عقود الإذعان عقد التأمين وعقد النقل بالطائرات وعقد اشتراك الكهرباء والماء والانترنيت، فالقابل لمثل هذه العقود لا يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو لا يملك إلا ان يأخذ او يدع ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه.

الخصائص المميزة لعقد الإذعان:

١ـ الموجب في مركز اقتصادي يسمح له بفرض شروطه.

٢ـ العقد يتعلق بسلعة او مرفق من ضرورات الحياة الحديثة.

٣ـ الإيجاب يصدر لناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، ويغلب ان يكون مطبوعاً ويحتوي على شروط مفصلة لا يجوز النقاش فيها وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية وتارة تشدد من مسؤولية الطرف الآخر.

طبيعة عقود الإذعان: ذهب فريق من الفقهاء إلى إنكار صفة العقد على عقود الإذعان إذ هو رضوخ وإذعان لا توافق إرادتين عن حرية واختيار فهو برأيهم اقرب إلى القانون اتبعته شركات الاحتكار بحق الناس مما يقتضي تفسيره كما يفسر القانون مع مراعاة العدالة وحسن النية.

بينما ذهب أغلبية فقهاء القانون المدني الى ان عقد الإذعان عقد حقيقي يخضع للقواعد العامة كسائر العقود، وإذا كان احد الطرفين في مركز ضعف، فهذه ظاهرة قانونية علاجها ان يتدخل المشرع في تنظيمها لا ان يترك القاضي يتدخل بحجة حماية الضعيف فتضطرب المعاملات.

موقف المشرع العراقي من عقود الإذعان: نظم القانون المدني العراقي بعض عقود الإذعان مثل عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين ثم تبنى أحكام عامة في المادة (١٦٧) منه لتنظيم عقد الإذعان يتضح منها ما يأتي: (مدى سلطة القاضي التقديرية في مجال عقود الإذعان)

١ـ للقاضي ان يعدل او يعفي الطرف المذعن في عقد الإذعان من الشروط التعسفية.

٢- يتمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير الشروط التعسفية ولم يحدده المشرع بحد إلا بما تقضي به قواعد العدالة.
٣- كل اتفاق يحرم او يعدل من سلطة القاضي بشأن عقد الإذعان يعد باطلاً لمخالفته للنظام العام.
٤- إذا كان الشك يفسر دائماً لمصلحة المدين، فان الشك يفسر في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً.

اقتران الإيجاب بالقبول:الاقتران يعني هنا تحديد اللحظة الزمنية التي يتصل فيها الإيجاب والقبول فينعقد العقد، وينبغي في هذا المقام التفرقة بين فرضين: التعاقد بين حاضرين أي في مجلس العقد والتعاقد بين غائبين.

١- التعاقد بين حاضرين (مجلس العقد): المقصود بمجلس العقد ان يكون الطرفان على اتصال مباشر، بحيث لا تكون هناك فترة زمنية فاصلة بين صدور القبول وعلم الموجب به، ويكون في صورتين أولهما اجتماع الطرفين في مكان واحد يتحد فيه مجلس العقد حقيقة وثانيهما ان يتحد المجلس حكما إذا كان بينهما اتصال مباشر يجعل الموجب يعلم بالقبول فور صدوره رغم اختلاف المكان كما في التعاقد عبر الهاتف او ماشابه.

ويظل مجلس العقد قائما مادام المتعاقدين منشغلين بالتعاقد وينقضي المجلس إذا انشغلا بشيء آخر غير التعاقد ولو ظلا مجتمعين في مكان واحد. والإيجاب غير ملزم في مجلس العقد قبل اقترانه بالقبول فان اقترن به قبول انعقد العقد، وتكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الاول ولا يعتبر إلا الإيجاب الاخير لان التكرار بمثابة عدول عن الإيجاب الاول. والموجب له خيار قبول الإيجاب او رفضه وهو ما يسمى بخيار القبول. وانه لا يشترط الفور في القبول مادام الإيجاب قائماً ولم يصدر من احد المتعاقدين قول او فعل يدل على الإعراض عن التعاقد وقبل ان ينفض المجلس.

٢- التعاقد بين غائبين: يكون التعاقد بين غائبين، اي بين شخصين لا يجمعهما مجلس واحد، عن طريق البريد او البرق او الهاتف او بواسطة رسول، وهذا يعني انه يمر وقت من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب بالقبول، ويثار التساؤل عن تحديد وقت انعقاد العقد وهل هو وقت صدور القبول ام وقت علم الموجب به ام غير ذلك، وهناك أربع نظريات بهذا الشأن هي:

١- نظرية الإعلان: ومفادها ان العقد يتم بإعلان القبول وقبل ان يصل إلى علم الموجب ففي هذه اللحظة اقترن الإيجاب بالقبول وهذا كل ما يشترط لانعقاد العقد، وهذا ما يتوافق مع سرعة المعاملات وخاصة التجارية منها. وتنتقد بأنها تغفل القاعدة العامة في التعبير عن الإرادة ومنه القبول لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه.

٢- نظرية التصدير: وبموجبها ينعقد العقد بتصدير القبول بوضع الجواب في البريد او البرق او غيره ولا تفترق عن النظرية السابقة إلا في التأكد من ان القبول أصبح باتاً. وتوجه إليها ذات الانتقادات السابقة.

٣- نظرية الوصول:وبموجبها ينعقد العقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب بغض النظر عن علمه فالوصول قرينة على علمه وهي تتشابه مع نظرية العلم.

٤- نظرية العلم: وبموجبها لا ينعقد العقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب. وتتفق هذه النظرية مع القواعد العامة في ان التعبير عن الإرادة سواء كان إيجابا أم قبولاً لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه، وقد تبنى المشرع العراقي هذا الحكم في المادة (٨٧) مدني. ويلاحظ ان هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفه.

أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد - تبدو الأهمية في تحديد المسائل التالية:
١- الوقت الذي يجوز للموجب ان يعدل عن إيجابه غير الملزم وكذلك الأمر بالنسبة للقابل.
٢- في الدعوى البولصية لا يجوز للدائن الطعن بالعقد الصادر من مدينه إلا إذا كان دينه سابقاً على هذا العقد.
٣- تترتب أثار العقد من تاريخ إبرامه كانتقال ملكية المنقول المعين بالذات او حق المشتري بالثمار.
٤- لتحديد مكان انعقاد العقد أهمية في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في نزاع بشأنه، فالمحكمة المختصة هي المحكمة التي تم في دائرتها العقد.

ندرس فيما يلي كل من الوعد بالتعاقد والعربون والنيابة في التعاقد

أولاً- الوعـــد بالتعاقـــد

الوعد بالتعاقد (الاتفاق الابتدائي)، عقد يلتزم فيه احد الطرفين (أو كلاهما) بإبرام عقد في المستقبل إذا أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة التي يتفق عليها.

يتضح ان الوعد بالتعاقد هو عقد تمهيدي، يراد منه إبرام عقد في المستقبل، فان أبدى الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها تم العقد دون تدخل إرادة الواعد من جديد، كأن يرغب شخص بشراء منزل فيحصل على وعد من مالكه على ان يبيعه إياه بثمن معين اذا أبدى رغبته خلال مدة معينة. والوعد قد يكون وعداً بالبيع او وعداً بالشراء وهو وعد ملزم للواعد غير ملزم للموعد له.

ويثور الخلاف حول إمكانية وجود وعد متبادل بالتعاقد ملزم للجانبين، فذهب البعض الى ان هذا عقداً نهائياً وليس وعداً بالتعاقد، ولكن في الواقع هناك فرق بين العقد النهائي الوعد الملزم للجانبين لأنه اذا لم يبد الطرفين في الوعد المتبادل رغبتهم في إبرام العقد خلال المدة المعينة سقط الوعد.

شروط الوعد بالتعاقد: يتضح من نص المادة (٩١) مدني عراقي ان شروط الوعد بالتعاقد هي:

١- توفر الشروط العامة لانعقاد العقد ولما كان الواعد في الوعد الملزم لجانب واحد يلتزم منذ البداية فينظر في هذا الوقت الى تحديد عيوب الرضا ونقص الأهلية خاصة وانه لن يصدر منه رضا بعد ذلك.

أما بالنسبة للموعود له فينظر لعيوب لإرادته وأهليته وقت إبرام العقد النهائي الموعود به.

٢- ان يتم الاتفاق بين طرفي الوعد على المسائل الجوهرية به، ففي البيع مثلاً يلزم الاتفاق على المبيع والثمن.

٣- الاتفاق على المدة التي يجب ان يبدي الموعود له رغبته خلالها، وهو شرط جوهري اذا تخلف الاتفاق عليه كان الوعد باطلاً، ويجب ان يعبر الموعود له عن رغبته خلال هذه المدة وإلا تحلل الواعد من التزامه قبله.

٤- اذا كان العقد الموعود به من العقود الشكلية فانه يتعين لصحة عقد الوعد ان يتوافر فيه الشكل الذي يستلزمه القانون بالنسبة للعقد الأصلي، حتى لا يكون الوعد بالتعاقد تحايلاً على الشكلية التي يستلزمها القانون.

آثار الوعد بالتعاقد:

١- يلتزم الواعد متى انعقد عقد الوعد صحيحاً بأن يبرم العقد الموعود به متى اظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها.

٢- لا يرتب العقد الابتدائي أثار العقد الموعود به ابتداءاً، ففي الوعد بالبيع مثلاً لا يترتب على الواعد التزام بنقل ملكية الشيء المبيع او تسليمه ولا التزام المشتري بدفع الثمن، فهذه كلها آثار يرتبها عقد البيع النهائي إذا تم.

٣- يبقى الواعد مالكاً للشيء محل العقد، ويترتب على ذلك انه يتحمل تبعة هلاك الشيء قضاء وقدراً ولكنه لا يسأل عن الضمان نحو الموعود له مادام الهلاك بسبب أجنبي لا يد له فيه.

٤- إذا تصرف الواعد بالشيء قبل تمام العقد، سرى هذا التصرف في حق الموعود له، ولا يبقى للأخير عند إبداء رغبته في الشراء إلا ان يرجع بالتعويض على الواعد الذي اخل بوعده.

٥- للموعود له ان يتصرف في حقه الذي كسبه من الوعد قبل الواعد، فينقله إلى شخص آخر، وإذا مات الموعود له انتقل هذا الحق إلى ورثته.
٦، يسقط الوعد إذا أعلن الموعود له عدم رغبته في التعاقد قبل فوات المدة، لأنه قد نزل عن حقه قبل الواعد.
٧- إذا أبدى الموعود له رغبته في التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك فان العقد النهائي يتم، ويعتبر تمامه من وقت إبداء الرغبة لا من وقت قيام الوعد وهو بالتالي الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد النهائي، وذلك لان إبداء الرغبة يكون بمثابة قبول الإيجاب المتمثل في الوعد.

ثانياً: العربـــــون

العربون مبلغ ن النقود يدفعه احد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد،وذلك للدلالة، إما على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز الرجوع فيه وإما على ان لكل منهما حق العدول عن العقد مقابل خسارة قيمة العربون.
وأكثر ما يحصل ذلك في عقد البيع والإيجار. وقد ذهبت القوانين اللاتينية القديمة ومنها القانونين الفرنسي المصري إلى ان العربون يفيد الاحتفاظ بحق العدول، بينما ذهبت القوانين الجرمانية والحديثة كالقانون الألماني والسويسري إلى ان العربون يفيد تأكيد العقد والبت فيه.
موقف المشرع العراقي من العربون: يتضح من نص المادة (٩٢) مدني عراقي ما يأتي:
١- ان الأصل لدى مشرعنا هو ان دفع العربون يعتبر دليلاً على ان العقد أصبح نهائياً لا يجوز الرجوع فيه. وان دفعه يعتبر تنفيذا جزئيا للعقد يجب استكماله، ففي البيع يعتبر العربون جزءاً من الثمن يجب خصمه من أصل الثمن عند تنفيذ العقد.
٢- يجوز الاتفاق على ما يخالف الأصل المتقدم واعتبار العربون جزاء لحق العدول عن العقد، وفي هذه الحالة إذا عدل من دفع العربون فقده، وان عدل من قبض العربون فعليه ان يرده مضاعفاً، إي يرده ويرد مثله جزاء لعدوله عن العقد. ويلاحظ ان من يعدل عن العقد يلزم برده كاملاً حتى وان لم يحصل ضرر للمتعاقد الأخر لان العربون ليس تعويضاً وإنما جزاء لحق العدول ، وبهذا يختلف العربون عن الشرط الجزائي لان الاخير تقدير اتفاقي للتعويض عن الضرر اللاحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بالتزامه وقد لا يحكم به إذا لم يصب الدائن ضرر محقق ويجوز تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.

ثالثاً: النيـــابة فـــي التعـــاقد

النيابة في التعاقد هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني على ان ينتج هذا التصرف أثاره في ذمة الأصيل.
فقد لا يستطيع شخص إبرام تصرف قانوني بنفسه بسبب غيابه عن البلد او عن مجلس العقد و لنقص أهليته او غيرها، فينوب عنه شخص آخر في إبرام التصرف القانوني. والنائب قد يكون نائباً عن البائع او المشتري في عقد البيع مثلاً على ان أثار العقد وما يرتبه من حقوق والتزامات تنصرف إلى ذمة الأصيل لا إلى ذمة النائب.
أنواع النيابة:
- النيابة الاتفاقية: وتتحدد سلطة النائب بناءاً على اتفاق بين الأصيل والنائب ويسمى عقد الوكالة.
- النيابة القانونية: وتتحدد سلطة النائب بمقتضى نص القانون كحالة ولاية الأب على ابنه.
- النيابة القضائية: وذلك إذا كان تعيين النائب بحكم قضائي كالوصاية والقوامة والوكالة عن الدائنين في التفليسة وتلحق أحكامها بالنيابة القانونية.
والأصل ان النيابة تكون في التصرفات القانونية لا في الأعمال المادية إلا ما استجاب منها بطبيعته للنيابة، فلا يسوغ للإنسان ان ينيب عنه من يحلف اليمين بدلاً منه لان ذلك يرجع إلى ذمة الحالف الشخصية.
شروط التعاقد بالنيابة: لتحقق النيابة يجب توفر ثلاثة شروط هي:
١- أن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل. ٢- أن يتعامل النائب باسم ولصالح الأصيل لا باسمه.
٣- ان يتعامل النائب في حدود السلطات المحددة له.
الشرط الاول: أن يعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل.

يُعبر النائب عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل فتحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل، فالنائب يختلف عن الرسول لأن الأخير يعتبر مجرد ناقل لإرادة وتعبير العاقد، بينما يتمتع النائب بحرية التقدير وحرية إبرام التصرف القانوني فتحل إرادته محل إرادة الأصيل. وقد يجمع الشخص بين صفة النائب والرسول، وذلك عندما يعطي الأصيل تعليمات محددة للنائب بشأن أمر يتعلق بالعقد ويترك له حرية التقدير في باقي الأمور.

ولما كان النائب يعبر عن إرادته هو فان عيوب الإرادة التي تجعل العقد موقوفاً وتقدير سوء او حسن النية يكون بالنظر إلى إرادة النائب ونيته لا إلى إرادة الأصيل ونيته، على انه إذا ساهم الأصيل في إبرام العقد فننظر إلى عيوب إرادته ونيته في حدود مساهمته. فلو كان النائب سيء النية وتواطأ مع مدين معسر، فلدائن هذا المدين ان يرفع الدعوى البولصية ولو كان الأصيل حسن النية، وهذا ما نص عليه المشرع المصري ويمكن الأخذ به في العراق وان خلا قانوننا المدني من نص مماثل له لأنه ليس سوى تطبيق للقواعد العامة في النيابة.

أما الأهلية، فان كانت النيابة اتفاقية فلا يشترط في النائب الأهلية اللازمة لإبرام التصرف القانوني موضوع النيابة، لأن التصرف سينتج أثاره في شخص الأصيل لا في شخص النائب ولهذا تكفي في النائب أهلية التمييز. أما الأصيل فيجب ان تتوافر فيه الأهلية اللازمة للتصرف موضوع النيابة وكذلك صلاحية اكتساب الحق الذي يترتب على التصرف موضوع النيابة، فلا يجوز مثلاً للقاضي إنابة غيره في شراء حق متنازع عليه إذا كان النظر في النزاع من اختصاص المحكمة التي يباشر عمله في دائرتها.

الشرط الثاني: أن يتعامل النائب باسم ولصالح الأصيل لا باسمه.

يعلن النائب للغير انه يتعامل باسم ولصالح الأصيل عادة وقد يعلم الغير بالنيابة حقيقة او حكماً إذا كانت الظروف تفترض حتماً علم الغير بالنيابة، فان لم يعلنها وكان الغير يجهل بوجود النيابة انصرف آثار التصرف الى ذمة النائب ويقوم الاخير بنقل آثار التصرف إلى الأصيل، ومع ذلك تنتقل آثار التصرف للأصيل ولو لم يعلن النائب صفته استثناءاً في حالتين:

١- إذا كانت الظروف تفترض حتماً علم الغير المتعاقد بوجود النيابة بالرغم من سكوت النائب عن إعلان ذلك. فمن يدخل محل تجاري للشراء يفترض فيه العلم بأن العامل الذي يتولى البيع ليس الا نائباً عن صاحب العمل.

٢- إذا كان من يتعاقد مع النائب يستوي عنده انه يتعامل مع الأصيل او النائب.

فيستوي عند صاحب المحل التجاري مثلاً انه يبيع لنائب او أصيل فتضاف آثار البيع الى الأصيل ولو جهل صاحب المحل بوجود النيابة، وله ان يرجع على أي من الأصيل او النائب ولأي منهما الرجوع عليه. وهذا الحكم يسري على النائب القانوني لأنه ينطوي على حماية لحقوق المتعاقد حسن النية.

الشرط الثالث: أن يتعامل النائب في حدود السلطات المحددة له

إذا كانت النيابة قانونية فان سلطات النائب تحدد بمقتضى نص القانون، وبمقتضى الاتفاق (عقد الوكالة) إذا كانت النيابة اتفاقية. ولكن ما الحكم إذا تجاوز النائب حدود السلطات المخولة له بمقتضى القانون او الاتفاق؟ في مثل هذه الحالة تسقط عنه صفة النيابة، ولا يكون للعقد الذي ابرمه أثر بالنسبة الى الأصيل. ولا يكون للغير سوى الرجوع على النائب الذي تعاقد معه بالتعويض إذا أصابه ضرر من فعل النائب وكان الغير حسن النية لا يعلم بتجاوز النائب، ومع ذلك فان هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناءان:

١- **حالة النيابة الظاهرة:** إي إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان وقت التعاقد انقضاء النيابة فإن آثار العقد حقاً كان أو التزاماً يضاف الى الأصيل وخلفائه. مثال ذلك ان يعزل الأصيل النائب او توفى الأصيل ولم يعلم النائب او الغير بحالة العزل او الموت. فان التصرف يضاف للأصيل بالرغم من زوال صفة النيابة عن النائب. وهذا الحكم مؤسس على أساس النيابة الظاهرة لتفادي الإضرار بالغير حسن النية وضمان استقرار المعاملات.

٢- **حالة الاستحالة،** إذا استحال على الوكيل إخطار الموكل سلفاً باضطراره إلى الخروج على حدود الوكالة، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف وعلى الوكيل إبلاغ الموكل بذلك.

ومن الواضح ان هذا الاستثناء خاص بالنيابة الاتفاقية دون القانونية لان حدود ولاية النائب القانوني يستبد برسم حدودها القانون بصورة موضوعية ثابتة ولا يتسامح مع من يتعداها.
فان حصلت المجاوزة في غير نطاق الاستثناءين المتقدمين ، لم ينفذ تصرفه في حق الأصيل وبقي موقوفاً حتى يجيزه، ويجوز للغير ان يحدد للموكل ميعاداً مناسبا يجيز فيه العقد فان لم تصدر الإجازة تحلل من العقد، وان وقعت الإجازة اعتبر العمل القانوني الموقوف، كأنه تم من وقت التعاقد.

آثار التعاقد بالنيابة:

١ـ العلاقة بين النائب والغير: بعد تمام العقد لا تقوم أية علاقة بين النائب ومن تعاقد معه (الغير) فيما يتعلق بآثار العقد، فليس للغير ان يطالب النائب بأي التزام ناشئ عن العقد، وليس للنائب ان يطالبه بالتنفيذ إلا إذا كان نائبا في تنفيذ العقد أيضاً، وتعتبر النيابة القانونية شاملة التنفيذ دائماً، إذ المقصود منها رعاية مصلحة الأصيل كالقاصر والمحجور عليه، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان للنائب سلطة تنفيذ التصرفات التي يعقدها نيابة عن الأصيل.
٢ـ العلاقة بين النائب والأصيل: يحكم هذه العلاقة مصدر النيابة. فان كانت نيابة قانونية فيحدد القانون العلاقة بينهما. وإذا كانت النيابة اتفاقية فإن عقد الوكالة بين الموكل والوكيل هو الذي يحدد هذه العلاقة.
٣ـ العلاقة بين الأصيل والغير:تنشأ بينهما علاقة مباشرة، فهما المتعاقدان ويترتب في حقهما آثار التصرف. فيكسب الأصيل ما يترتب على العقد من التزامات.

تعاقد الشخص مع نفسه

متى سلمنا ان إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل، أمكن ان نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه او ان يكون نائباً عن كل من المتعاقدين، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه وتحل إرادته محل إرادتين، ومثال الاولى ان يشتري الوكيل لنفسه الشيء الموكل ببيعه، ومثال الثانية ان يختار شخصين نفس الوكيل فيوكله احدهما ببيع بضاعة معينة ويوكله الثاني بشراء نفس البضاعة.
تقدير الصورتين: من الناحية الفنية لا يتعارض التعاقد في الصورتين المشار إليهما مع جوهر العقد كونه توافق إرادتين ولا بد من وجود طرفين، لان النائب فيهما يعبر عن إرادتين متميزتين وهناك شخصان لكل منهما مصلحة متميزة عن مصلحة الآخر. لكن يثار اعتراض عملي مفاده تضارب المصالح بين طرفي العقد، لأنه سيكون هناك شخص واحد يتحكم في مصلحتين متعارضتين فإن تعاقد لنفسه كان التعارض بين مصلحته ومصلحة الأصيل مما يشكل خطرا على مصلحة الاخير. وإذ كان نائباً عن طرفي العقد فانه اما ان يغلب مصلحة احدهما على مصلحة الآخر وأما ان يعمل على التوفيق بين المصلحتين وهذا اقرب منه إلى التحكيم منه إلى النيابة، لان وظيفة النائب هي رعاية مصالح الأصيل وتغليبها على مصلحة الآخرين في حدود القانون.
موقف التشريعات: اختلفت الشرائع في مثل هذه النيابة، فقد أباحه القانون السويسري والفرنسي وان حرماه في مواضع معينه، بينما حرمه القانون العراقي والألماني والشريعة الإسلامية وان أباحوه في صور معينة.
موقف المشرع العراقي من تعاقد الشخص مع نفسه: ونرى موقف المشرع العراقي من الصورتين:
١ـ تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره أصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير: يتضح من نصوص القانون المدني العراقي ان الأصل لدى مشرعنا هو عدم اجازة هذا النوع من التعاقد فهو يستريب منه ويرى انه مثار للتهمة، ولكنه أجازه في مواضع معينة لانتفاء التهمة وبقيود معينة، وكما يأتي:
أ ـ الأصل وهو التحريم، وحسب نصوص القانون المدني:
ـ لا يجوز للوصي المنصوب والقيم المقام من قبل المحكمة ان يبيع مال نفسه للمحجور ولا ان يشتري لنفسه شيئاً من مال المحجور مطلقاً سواء كان في ذلك خير للمحجور أم لا.
ـ لا يجوز للقاضي ان يبيع ماله للمحجور ولا ان يشتري مال المحجور لنفسه.

ـ ليس للوكلاء ومديري الشركات ولا الموظفين ولا وكلاء التفليسة والسماسرة ومصفي الشركات والخبراء ان يشتروا الأموال المكلفين ببيعها او تصفيتها او تقدير قيمتها أو حراستها ولا أموال المدين المعسر ما دموا مكلفين ببيعها او التي يكون بيعها او تصفيتها او تقديرها على يدهم.
إلا ان الشراء في هذه الأحوال المتقدمة يصح إذا أجازه من تم البيع لحسابه، أما إذا لم يجزه وبيع المال من جديد تحمل المشتري الاول مصروفات البيع الثاني وما عسى ان يكون قد نقص من قيمة المبيع.
ب ـ الاستثناء وهو الإباحة، حين يعرض مشرعنا لتعاقد الأب والجد والوصي المختار مع الصغير يوليهم جانباً من الثقة فيبيح تعاقدهم مع المشمولين بولايتهم في حدود تختلف بين الأب والوصي المختار، وكما يأتي:
ـ بالنسبة للأب ويأخذ الجد نفس الحكم، يجوز للأب الذي له ولاية على ولده ان يبيع مال ولده وله ان يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغبن يسير لا فاحش، ويعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد. كما يجوز للأب ان يرهن مال ولده بدين على نفسه وبدين على الصغير وإذا رهنه بدين نفسه فهلك لا يكون ضامناً.
ـ بالنسبة للوصي المختار، لا يجوز للوصي المختار ان يبيع مال نفسه لليتيم ولا شرائه لنفسه شيئاً من مال اليتيم إلا اذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن المحكمة.
٢ـ تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره نائباً عن الطرفين:لم يرد في القانون المدني العراقي بشأن هذه الصورة من التعاقد، فذهب فريق من الشراح إلى جوازها معللين ذلك انه مادام ان الشخص قد اؤتمن على مصلحة الطرفين ولم تكن له مصلحة في التحيز لأحد الطرفين فلا مانع من ان يتعاقد بالنيابة عنهما ويدعمون رأيهم بحكم الشريعة الإسلامية الذي يجيز للأب ان يبيع مال احد أولاده الصغير إلى ولده الأخر، ويجوز في القانون التجاري بيع الوكيل بالعمولة البضائع المسعرة في السوق والأوراق التجارية والمالية المسعرة في البورصة لمن وكله بشرائها.
بينما ذهب فريق ثان من الشراح إلى عدم جوازها خشية ان يحابي النائب احد الطرفين على حساب مصلحة الطرف الآخر خاصة وانه يستبد وحده بالتوفيق بين مصلحتين متعارضتين. ويرد على حجج الفريق الاول بالقول ان حكم الشريعة الإسلامية حالة خاصة بالأب فلا يصح القياس عليه لتقرير قاعدة عامة وأن تطبيق المبدأ على الوكيل بالعمولة جاء في حالة ينعدم فيها الخطر على مصلحة الطرفين كون البضائع والأوراق المالية مسعرة، ولذلك يميل الشراح إلى عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره نائباً عن الطرفين إلا بعد استئذانهما ما لم يوجد نص خاص او عرف يقضي بذلك.

المطلب الثاني
صحــة التراضــي

لصحة العقد يجب ان يصدر من شخصين متمتعين بالأهلية اللازمة لعقده، وان يكون رضا كل منهم سليماً خالياً من العيوب التي تشوب الرضا.

أولاً ــ الأهليـــة

يميز عادة بين نوعين من الأهلية، أهلية الوجوب وأهلية الأداء:
أهلية الوجوب: هي صلاحية الانسان لثبوت الحقوق له ولوجوب الالتزامات عليه. ويربط فقهاء الشريعة الإسلامية بينها وبين الذمة المالية، وترتبط عند فقهاء القانون بالشخصية القانونية، ولكل شخص أهلية وجوب سواء كان عاقلاً أم مجنوناً كبيراً أم صغيراً من ولادته حتى وفاته. بل حتى لو كان جنيناً بشرط ان يولد حيا فهو أهلاً لاكتساب الحقوق التي لا تفتقر إلى قبول منه دون الالتزامات لأنه ليست له عبارة ولا عليه ولاية.
أهلية الأداء:هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به شرعاً.
كالبيع والشراء والإيجار والوصية وغيرها من تصرفات وأهلية الأداء هي المعنية بدراستنا، ومناط هذه الأهلية هو العقل والتمييز. فمن كان كامل التمييز بان أتم الثامنة عشر من عمره كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه كان ناقص الأهلية كمن أتم السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشر ويأخذ حكمه المعتوه والسفيه وذي الغفلة، ومن انعدم عنده التمييز كان عديم الأهلية بأن كان دون السابعة من عمره او لجنون أصابه. والعبرة

بتوافر الأهلية وقت إبرام العقد ولا عبرة لفقدها بعد ذلك. وتنقسم التصرفات القانونية من حيث الأهلية إلى أنواع ثلاثة:

١- تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وهي التي يثري من يباشرها دون ان يدفع مقابلاً، وتشمل أعمال الاغتناء، كقبول الهبة والوصية.

٢- تصرفات ضارة ضرراً محضاً، وهي التي يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلاً، وتشمل أعمال التبرع، كهبة الشخص لماله وإبرائه لمدينه والإعارة والبيع والشراء بغبن فاحش.

٣- تصرفات دائرة بين النفع والضرر، وهي التي تحتمل الربح والخسارة، وتشمل أعمال التصرف وأعمال الإدارة كالبيع والرهن والإيجار.

- بالنسبة لكامل الأهلية (البالغ الرشيد)، يستطيع مباشرة جميع هذه التصرفات، وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة.

- بالنسبة لناقص الأهلية (الصغير المميز ومن في حكمه)، فإنه يصلح لمباشرة أعمال الاغتناء دون حاجة لإذن او اجازة من الولي ، ولا يصلح لمباشرة إعمال التبرع وان أذن بها الولي او أجازها ، وتكون مباشرته للأعمال الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على اجازة وليه او وصيه.

- بالنسبة لعديم الأهلية (الصغير غير المميز ومن في حكمه)، فإنه لا يصلح لمباشرة أي من هذه التصرفات. وتكون جميع تصرفاته باطلة وإن أذنه وليه بها او أجازها لاحقاً، ولا يعتبر قبوله الهبة وهكذا سائر عقوده وتصرفاته، وهو محجور لذاته إي بحكم القانون ويتولى مباشرة التصرفات عن الصغير مميزاً او غير مميز وليه أو وصيه في الحدود التي رسمها القانون، وولي الصغير أبوه ثم المحكمة.

الصغير المأذون: للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة إذناً مطلقاً او مقيداً، ويعتبر الصغير المأذون بمنزلة البالغ سن الرشد في التصرفات الداخلة تحت الإذن التي هي من التجارة ولوازمها كالبيع والإجارة والتوكيل والرهن والارتهان والإعارة واليمين والاستقراض وان يكون مدعياً ومدعياً عليه، ولكن لا يعتبر إقراره بما لا علاقة له بالتجارة كإقراره بالكفالة بالمال او المهر او الهبة، وللولي ان يبطل الإذن إلا ان وفاة الولي او عزله لا يبطل إذنه إلا إذا حجره الولي الجديد، وإذا تعسف الولي ولم يطلب الرخصة فللمحكمة ان تأذن للصغير بالتجارة ان أنست منه رشداً، وليس للولي حجره بعد إذن المحكمة. وشروط الإذن بالتجارة:

١- ان يصدر ترخيص من المحكمة للولي بأن يأذن للصغير،حذراً من سوء نية الولي.

٢- ألا يكون سن الصغير اقل من خمس عشرة سنة. ٣- ان يكون الإذن بادئ الأمر مقصوراً على جزء من أمواله.

عوارض الأهلية: وهي كالسن من حيث ارتباطها بالتمييز وتأثيرها على الأهلية، وهي أربعة:

١- المجنون: هو من فقد عقله وانعدم تمييزه فلا يعتد بأقواله وأعماله، وهو بحكم الصغير غير المميز محجور لذاته وجميع تصرفاته باطلة.

٢- المعتوه هو من ضعفت قواه العقلية وكان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، وهو بحكم الصغير المميز ولكنه محجور لذاته.

٣- السفيه: هو من يبذر أمواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل ولو كان على سبيل الخير، ويحجر بآمر المحكمة ويكون حينئذ بمنزلة الصغير المميز، وولي السفيه المحكمة أو وصيها فقط وليس لأبيه او جده حق الولاية عليه، وإذا اكتسب السفيه رشداً فكت المحكمة حجره.

٤- ذو الغفلة: وهو الذي لا يهتدي عادة إلى التصرفات الرابحة ولا يميزها عن التصرفات الخاسرة فيغبن في المعاملات لسذاجته وسلامة نيته، وحكمه حكم السفيه.

عيوب الرضا

عيوب الرضا في القانون المدني العراقي أربعة هي الإكراه، والغلط، والتغرير مع الغبن، والاستغلال.

١- الإكراه

الإكراه كما عرفه مشرعنا، هو إجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه.
ويعرفه الفقه الحديث بأنه: ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد.
فالإكراه يفسد الرضا ولا يعدمه فإرادته موجودة ولكنه خير بين التعاقد او وقوع المكره فاختار التعاقد إلا ان إرادته ليست حرة مختارة والعبرة بالرهبة التي تقع في نفس المتعاقد لا مجرد الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، وإنما يعدم الرضاء إذا انتزع عنوة لا رهبة كما لو مسك يد الشخص ووقعه على التزام عنوة.
ويكون الإكراه ملجئاً إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق يلحق بالنفس أو المال. ويكون غير ملجئ إذا كان تهديداً بما دون ذلك.
حكم الإكراه: يعتبر العقد موقوفاً لمصلحة المُكرَه سواء كان الإكراه ملجئ او غير ملجئ.
عناصر الإكراه: للإكراه عنصران احدهما موضوعي وهو استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق، وثانيهما عصر نفسي هو رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد.

أولاً: استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محدق:

قد تكون وسيلة الإكراه مادية كالضرب والتعذيب ويعرف بالإكراه المادي، وقديد يكون الإكراه معنوياً أو نفسياً كالتهديد بإلحاق الأذى بالنفس او الجسم او المال أو الشرف أو المال، والإكراه النفسي هو الذي يوقع في نفس المتعاقد المُكرَه ان خطراً جسيماً يحدق بنفسه او ماله، ولاعتبار الإكراه يجب ان يكون المُكره قادراً على إيقاع تهديده.
- فينبغي ان يكون الخطر جسيماً، ومعيار جسامة الخطر معيار شخصي محض يعتد فيه بشخص المكره وظروفه، ولا يشترط ان يكون الخطر حقيقياً بل يكتفى ان يكون كذلك من وجهة نظر المكره، فالتهديد بالسحر لشخص ريفي يعتبر خطراً جسيماً ولا يكون كذلك لغيره.
- وينبغي ان يكون الخطر محدقاً، أي وشيك الوقوع، فان كان بعيداً يمكن تلافيه فلا يؤثر في الإرادة.
- وان يتعلق الخطر بالجسم او المال او الشرف لذات المتعاقد او لشخص أخر عزيز عليه كالتهديد بالقتل او الضرب او الخطف او إتلاف الزرع او يهدد ابن أباه بأنه سينتحر إذا لم يحقق له مطلب معين وغير ذلك من أمثلة.

وسائل الإكراه وأغراضه:

- قد يقع الإكراه بوسائل غير مشروعة لتحقيق غرض غير مشروع كالتهديد بالتشهير بالمكره إذا لم يدفع مبلغ معين، فيتحقق الإكراه.
- وقد تكون الوسيلة مشروعة والغرض غير مشروع، كان يهدد زوج زوجته بان يرفع عليها دعوى زنا اذا لم تدفع له مبلغ من المال، فيتحقق الإكراه.
- وإذا كانت الوسائل غير مشروعة والغرض مشروع فلا يتحقق الإكراه، كما لو هددت امرأة عشيقها بالتشهير به إذا لم يعطها تعويضا عن الضرر اللاحق بها بسبب علاقتها السابقة به ما لم يصل التهديد إلى اعتباره جريمة تحت طائلة قانون العقوبات.
- أما إذا كانت الوسيلة مشروعة والغرض مشروع فلا يتحقق الإكراه، كأن يهدد الدائن مدينه بالتنفيذ على أمواله إذا لم يقدم له رهنا على عين معينة.
أما اثر الشوكة والنفوذ الأدبي للشخص على زوجته او ابنه والوصي على القاصر والرئيس على المرؤوس شوكة ونفوذ ادبي فلا يكون ذلك وسيلة للإكراه إلا إذا قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع. فالزوج ذو شوكة على زوجته فان طلب منها ان توهبه مهرها فوافقت خجلاً او احتراما فلا يتحقق الإكراه أما إذا اجبرها على ذلك كتهديدها بالضرب او ان يمنعها من أهلها فوهبته مهرها فيتحقق الإكراه ويكون العقد معيباً بالإكراه ، فهو غير نافذ ،فتبقى ذمته مشغولة بالمهر.

ثانياً: رهبة تحمل على التعاقد:

يجب لتحقق الإكراه ان يكون قد بعث في نفس المتعاقد رهبة حملته على التعاقد ودفعته إليه. وتقدير تحقق الرهبة يكون بالنظر والى حال المتعاقد المكرَه الشخصية والظروف التي أحاطت به، فيراعى جنسه وسنه وحالتها لصحية والعقلية والاجتماعية، فالأنثى غير الذكر والصبي غير الشاب القوي، والقروي الساذج غير المدني المتحضر، والجاهل غير المتعلم، والغبي غير الذكي، كما يجب الاعتداد بالظروف والملابسات المحيطة به عند تكييف جسامة الخطر، فاثر الإكراه في المناطق البعيدة النائية قد يكون غيره في المدن الآهلة بالسكان وقرب رجال الأمن ، وأثره في الليل قد يكون مختلفا عنه في النهار، فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر في تكييف جسامة الخطر في نفس المتعاقد.

الجهة التي يصدر منها الإكراه: الإكراه، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من أجنبي عن العقد، فإنه يفسد الإرادة إذا ثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم او من المفروض حتماً ان يعلم بهذا الإكراه، وهذا ما نص عليه المشرع المصري، ولا يوجد نص مماثل في قانوننا المدني ولكن يستفاد من تقرير المشرع العرقي حين جعل للمكره الخيار بين الرجوع على المكره او المتعاقد الآخر بالضمان وخيار الرجوع على المتعاقد الآخر لا يكون إلا إذا كان العقد قابلاً للنقض وهذا لا يستقيم منطقياً إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم او كان من المفروض حتماً ان يعلم بهذا الإكراه.

وقد يصدر الاكراه من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها، وأقتصر المتعاقد الآخر على الإفادة منها واستغلالها لحمل المتعاقد الآخر على التعاقد، فمن يتقدم لإنقاذ شخص من خطر داهم ويحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مبلغاً باهظاً من المال، او ان طبيب يتفق مع مريض على إجراء عملية في نظير اجر باهظ، تحقق الإكراه إذ ان المتعاقد الذي استغل هذه الظروف كان على علم بها وقصد استغلالها.

٢ـ الغلــط

الغلط، وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع فيكون هو الدافع إلى التعاقد.

فهو تصور كاذب للواقع يؤدي بالشخص إلى إبرام تصرف قانوني ما كان ليبرمه لو تبين حقيقة الأمر كشخص يشتري تمثالاً ويعتقد انه اثري وهو ليس كذلك.

الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد موقوفاً هو المقصود بدراستنا ولذلك نستبعد الأنواع التالية من الغلط:

أـ الغلط المانع: وهو غلط يقع في ماهية العقد أو في ذاتية محل العقد وهو يعدم الإرادة ولا يقتصر على ان يعيبها فيجعل من العقد باطلاً لا موقوفاً. كأن يعطي شخص لآخر نقوداً على انها عقد قرض وأخذها الآخر على إنها عقد هبة، والغلط في ذاتية المحل مثاله ان شخص يملك سيارتين من نوعين مختلفين فباع احدهما والمشتري يعتقد انه اشترى الأخرى، وإذا بيع فص على انه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع.

ب ـ الغلط في السبب: بمعناه التقليدي، كما اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ثم اتضح ان الوصية باطلة. ففي أنواع الغلط المتقدم وقع الغلط في ماهية العقد او المحل او السبب، فاستبعد الغلط المانع من دائرة البحث لأنه يتصل بوجود التراضي لا بصحته.

ج ـ الغلط في نقل الإرادة او في تفسيرها: وهو غلط لا يقع في الإرادة ذاتها، بل يقع في نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها، او في تفسير الإرادة إذا أسيء فهمها من توجهت إليه، مثل هذا الغلط لا يعدم الإرادة ولا يعيبها.

شروط تحقق الغلط: يشترط لوجود الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد موقوفاً شرطان:

١ـ ان يكون الغلط جوهرياً. ٢ـ أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر.

الشرط لأول: يجب ان يكون الغلط جوهرياً: الغلط الجوهري هو الغلط الذي يبلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. أي كان هو الدافع الرئيسي للتعاقد.

ومعيار الغلط الجوهري معيار ذاتي يقتضي البحث في نية المتعاقد الواقع في الغلط لمعرفة مدى الأهمية التي يعلقها على الأمر الذي انصب عليه الغلط، ولصعوبة التحقق من النية فقد أشارت المادة (١١٨) مدني عراقي إلى بعض الأحوال التي يكون الغلط فيها على الأخص جوهرياً.
أ - اذا وقع الغلط في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك طبقاً لظروف العقد وحسن النية في التعامل.
ب - اذا وقع الغلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او الصفة هي السبب الرئيسي للتعاقد.
ج - إذ وقع الغلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد المتمسك بالغلط ان يعتبرها عناصر ضرورية للتعاقد، ولهذه الحالة صورتان: ١- غلط في قيمة الشيء ٢- غلط في الدافع إلى التعاقد.
وأحوال الغلط هذه إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر، ويمكن الاستعانة بالظروف التي تحيط بالعقد ووجوب توافر حسن النية كضوابط موضوعية يمكن الاستعانة بها للتعرف على نية المتعاقدين إذا لم يتوصل لهذه النية عن طريق آخر. فمن يشتري شيء مرتفع الثمن من تاجر آثار ثم يتبين انه غير اثري يمكن الاستدلال بتلك الضوابط على ان المشتري حسب الشيء اثرياً فدفع ثمناً مرتفعاً.
تطبيقات عملية لمعيار الغلط الجوهري:
١- الغلط في صفة جوهرية في الشيء: الغلط في صفة جوهرية ليس هو الغط في ذاتية الشيء،فهذا الغلط المانع الذي يمنع انعقاد العقد، ومن أمثلة الغلط الجوهري من القضاء المصري، بيع أوراق مالية لشركة حكم ببطلانها، وشراء تمثال من محل للعاديات على انه اثري ثم يتبين انه حديث.
٢- الغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته: ويقع هذا الغلط في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار، فالغلط في شخص الموهوب له او الشريك او الوكيل يجيز نقض العقد.
ويجوز كذلك الطعن اذا وقع الغلط في صفة جوهرية في شخص المتعاقد كأن يتعاقد شخص مع مهندس بشأن عمل يعتقد انه متخصص فيه ثم يتضح انه ليس كذلك.
٣- الغلط في قيمة الشيء: إذا كان الغلط في القيمة جوهرياً فانه يعتبر من عيوب الإرادة، كأن يبيع شخص لوحة زيتية بثمن بخس وهو يجهل أنها لفنان كبير وقيمتها باهظة، او ان يبيع سنداً بقيمته الفعلية وهو يجهل أن هذا السند ربح جائزة مالية كبيرة.
٤- الغلط في الباعث: يكون الغلط في الباعث جوهرياً إذا كان هو الدافع إلى التعاقد، كأن يشتري شخص سيارة معتقداً ان سيارته قد هلكت ثم يتبين أنها سليمة، او ان يستأجر موظف شقة في مدينة يعتقد انه نقل إليها ثم يتبين خطأ اعتقاده.
٥- الغلط في القانون: لا يقصد بالغلط في القانون هنا الاعتذار بجهل القانون بقصد تلافي تطبيقه فهذا غير جائز، ولكن يراد به على العكس، أي التمسك بتطبيق القانون الذي لو كان المتعاقد يعلم بحكمه لما ابرم العقد. فإذا كان الغلط في القانون جوهرياً ويتعلق بصفة جوهرية في الشيء او الشخص او القيمة او الباعث فانه يعتبر من عيوب الإرادة، فقد يكون الغلط الجوهري في القانون متعلق بصفة للشيء أو بصفة المتعاقد،مثال الاول أن يتعهد شخص بالوفاء بالتزام طبيعي معتقداً انه التزام مدني، ومثال الثاني ان يهب رجلاً مالاً لمطلقته معتقدا أنها لا تزال في عصمته ثم يتبين ان الطلاق أصبح بائناً بانقضاء فترة العدة.
الغلط المادي: لا يعتبر الغلط في الحساب وفلتات القلم غلطاً جوهرياً يؤثر في نفاذ العقد، وإنما يجب تصحيح هذا الغلط، فالقاعدة ان (الغلط المادي ينبغي تصحيحه).
الشرط الثاني: أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر: لا يجوز للمتعاقد التمسك بالغلط إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده، أي ان يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين.والقصد من هذا الشرط هو ضمان استقرار المعاملات وحماية الثقة المشروعة لمتعاقد يفاجأ بطلب نقض العقد لغلط لم يكن مشتركاً فيه.فان اعتقد الطرفان ان ما تم بيعه تحفة عادية فليس للطرف الآخر ان يحتج على إبطال العقد لأنه وقع في الغلط أيضاً. وإذا كان الغلط فردياً ويعلم به الطرف الآخر فليس له ان

يتذمر من إبطال العقد لأنه سيء النية كان يعلم بالغلط ولم ينبه المتعاقد الآخر إليه. وإذا كن الطرف الآخر لم يقع في غلط ولكن كان بوسعه ان يعلم به فهو مقصر في عدم إدراك انه يتعاقد مع شخص واقع في غلط، كأن يبيع تاجر أثار تحفة عادية لشخص يعلم انه من هواة الآثار وان هذه الصفة جوهرية في نظره.

الغبن مع التغرير

لا يعرف المشرع العراقي التدليس بوصفه عيباً مستقلاً عن عيوب الإرادة، فالتغرير ليس سبباً كافياً لوحده لتوقيف العقد وكذلك الغبن ولو فاحشاً ليس من عيوب الرضاء، وإذا اجتمع الغبن الفاحش مع التغرير كان مانعاً من نفاذ العقد واعتبر من عيوب الإرادة في القانون العراقي يفسد الرضاء كما يفسده الغلط والإكراه.

التغرير:التغرير هو استعمال أساليب احتيالية من اجل إيقاع المتعاقد الآخر في غلط.

ويتحقق ذلك في صورتين احدهما ان يذكر احد المتعاقدين للآخر أموراً ترغبه في الإقدام على التعاقد وثانيهما ان يقوم بإجراءات فعلية تدفعه إلى التعاقد معه. مثال الاول، ان يذكر البائع للمشتري ان فلانا قد دفع مبلغا وانه لم يبعها له لقلته فيزيد المشتري السعر ويشريها والواقع ان فلاناً لم يدفع بها ما ذكره البائع، او يدعي التاجر ان البضاعة قد انقطع استيرادها فأمن المشتري واشتراها، مثال الثاني، ان يعمل البائع مزايدة وهمية من معارفه على بضاعته بقصد ترغيب الناس فيتقدم أحدهم للمزايدة ويشتري البضاعة وغير ذلك من أساليب احتيالية.

فالتغرير ليس هو العيب الذي يعيب الإرادة ولكنه الغلط الذي يثيره التدليس في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد.

الغبن: الغبن هو عدم التعادل عند تمام العقد بين ما يدفعه المتعاقد وما يأخذه.فان دفع المشتري للبائع ثمناً اقل من القيمة الواقعية للمبيع اختل التعادل فكان البائع مغبوناً والمشتري غابناً، والعكس بالعكس. والغبن إما يسير وهو التفاوت بالمقدار الذي يتسامح به الناس في معاملاتهم، وإما هو فاحش هو ما كان خلاف ذلك.

معيار تحقق الغبن: لم يضع المشرع العراقي معياراً لتحديد الغبن، وعليه وبمقتضى المادة (١/ف٢) مدني عراقي نستمد ذلك من مبادئ الشريعة الإسلامية وهي حددت الغبن بمعيار مادي هو خمس القيمة الواقعية في العقارات، وعشرها في الحيوانات ونصف عشرها في غير ذلك وما كان اقل من ذلك فهو غبن يسير.

معيار تقويم المقومين: يذهب البعض إلى ان الغبن الفاحش هو ما لا يدخل في تقويم المقومين، أما الغبن اليسير فهو ما يدخل في تقويمهم.فلو بيعت دار بعشرة ملايين دينار، وقومها بعض أهل الخبرة بما يزيد عن هذا المبلغ والبعض بما ينقص عنه، كان الغبن يسيراً. إما إذا اتفقوا جميعاً على تقويمها بأقل من العشرة آلاف دينار بحيث لم يصعد واحد من أهل الخبرة بقيمتها إلى ثمنها كان في البيع غبن فاحش بالنسبة إلى المشتري.

شروط الغبن مع التغرير: ليكون العقد موقوفاً لاجتماع الغبن مع التغرير لابد من توافر شروط أربعة:

١- استعمال طرق احتيالية. ٢- ان يكون التغرير هو الدافع الى التعاقد. ٣- ان يصدر التغرير من احد المتعاقدين او ان يكون على علم به ان صدر من الغير. ٤- ان يقترن لتغرير بالغبن الفاحش.

الشرط الاول - استعمال طرق احتيالية

يتحلل هذا الشرط إلى عنصرين، عنصر مادي وهو الطرق الاحتيالية، وعنصر معنوي وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع.

أولا - العنصر المادي: هو الطرق الاحتيالية، أي الأعمال والتصرفات التي تستعمل للتأثير على إرادة المتعاقد. ويتفاوت تأثير هذه الطرق بتفاوت ذكاء او غباء المدلس عليه، فهناك من يصعب غشه ومنهم من يسهل خداعه، والطرق الاحتيالية يجب ان كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد، والمعيار هنا ذاتي.

ومثال ذلك الشركات الوهمية او انتحال صفة مهنية او وظيفية او علمية بشهادة مزورة او اتخاذ مظهر النفوذ الاجتماعي او اتخاذ مظهر الجاه والغنى.

ـ ومجرد الكذب لا يعد طريقاً احتيالياً، كالتاجر الذي يبالغ في وصف بضاعته حد الكذب ما دام ذلك مألوفا في التعامل.ولكن قد يعتبر الكذب طريقاً احتيالياً إذا وقع على واقعة لها اعتبارها في التعاقد كما لو أدلى المؤمن عليه في عقد التأمين ببيانات كاذبة عن مهنته حتى يخفي ما يتعرض له من أخطار، كإدعاء بحار انه مزارع.
ـ ومجرد الكتمان لا يعد طريقاً احتيالياً، لان الفرض على الناس بالإدلاء بكل بياناتهم يسبب لهم إحراج شديد، ولكن الكتمان يعد طريقاً احتيالياً إذا كان هناك التزام على عاتق المتعاقد بان يفضي بمعلومات لها أهميتها في التعاقد سواء كان مصدر الالتزام هو القانون او طبيعة العقد، فإذا كتم احد المتعاقدين على الآخر واقعة جوهرية ولم يكن في استطاعة المدلس عليه ان يعرفها عن طريق آخر كان هذا الكتمان تدليساً. كما لو كتم البائع عن المشتري الشروع بنزع الملكية للمنفعة العامة.
ولكن لا يعد تدليساً كتمان البائع عن المشتري واقعة رهن العقار رغم أنها واقعة جوهرية في التعاقد لانه كان من السهل على المشتري ان يتبينها لو انه احتاط وكشف عن العقار في دائرة التسجيل العراقي.
ـ اعتبر المشرع العراقي مجرد الكذب او عدم البيان تغريراً في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشبهة بالبيان. فيعد تغريراً إذا كذب العاقد في الثمن الذي اشترى به المعقود عليه سواء لجأ إلى أساليب احتيالية لتأييد كذبه او أم لم يلجأ. وتسمى بعقود الأمانة، لان مبناها على الأمانة بالبائع في مقدار الثمن والتصديق بقوله. فإذا تبين انه غير صحيح كان خائناً للأمانة وكان غاراً فإذا تحقق الغبن الفاحش في العقد، أصبح معيباً غير نافذ.
وعقود الأمانة هي المرابحة والوضيعة والتولية والإشراك.
ثانياً ـ العنصر المعنوي: وهو نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع.
فالتاجر الذي يبالغ في وصف بضاعته لا يعد تدليساً إذا كان بنية لترويج لبضاعته، وكذلك لو استعمل المودع طرقاً احتيالية لكي يحصل من المودع عنده غير الأمين إقرارا بالدين لا يعد تدليساً،فلا تعد الطرق الاحتيالية تدليساً إلا إذا كانت بهدف الوصول إلى غرض غير مشروع، ولكن يعد تدليساً استعمال طرق احتيالية بقصد تضليل شخص لابتزاز أمواله. واستظهار وقائع الاحتيال المكونة للتغرير مسألة وقائع يستقل بها قاضي الموضوع، أما الفصل فيما إذا كانت هذه الوقائع تعد من الطرق الاحتيالية المكونة للتدليس أو لا تعد كذلك فهو مسألة قانون تفصل فيها محكمة التمييز.
الشرط الثاني ـ أن يكون التغرير هو الدافع إلى التعاقد: يجب ان تبلغ الطرق الاحتيالية حداً من الجسامة بحيث تؤثر في إرادة المتعاقد فتدفعه إلى التعاقد. والقاضي يقدر ذلك وفقاً لحالة المتعاقد الشخصية مسترشداً بما تواضع عليه الناس في معاملاتهم فالمعيار ـ كما في كل عيوب الإرادة ـ هو معيار شخصي، يؤخذ فيه بحالة المتعاقد الشخصية بحسب جنسه وسنه وحظه من الثقافة والتجربة.
الشرط الثالث ـ ان يصدر التغرير من احد المتعاقدين أو ان يكون على علم به أن صدر من الغير:
الأصل ان يصدر التغرير من احد المتعادين او نائبه، وإذا صدر من الغير فهو يعيب العقد أيضا ولأجل التوفيق بين مصلحة العاقد المغرور وضماناً لاستقرار المعاملات وحتى لا يفاجأ المتعاقد الآخر بطلب نقض العقد فان القانون يجعل العقد موقوفاً إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بالتغرير الصادر من الغير او من المفروض حتماً ان يعلم به، إلا انه إذا لم يكن كذلك فان للعاقد المغرور ان يرجع على الغير بالتعويض عن الضرر الناشئ عن وقوعه.
الشرط الرابع ـ أن يقترن التغرير بالغبن الفاحش:
يشترط أخيراً لاستعمال خيار النقض ان يلحق بالعاقد المغرور غبن فاحش لا يسير كما سبق توضيحه.
استثناءات: ويستثنى من الشرط الرابع ما يأتي
ـ اذا كان الغبن فاحشاً ولو لم يقترن بتغرير وكان المغبون محجوراً او كان المال الذي حصل عيه الغبن من أموال الدولة او الوقف فأن العقد يكون باطلا.

ـ لا يجوز الطعن بالمزايدة العلنية بالغبن ولو اقترن بالتغرير، لأن علنية المزايدة تنفي كون الدافع إلى التعاقد هو التغرير، وهي أيضاً دليل على ان السعر الذي رست عليه المزايدة هو القيمة الحقيقية للشيء فينفي وقوع الغبن.

العلاقة بين التغرير والغلط:

لا يمكن ان تغني نظرية الغلط في القانون العراقي عن نظرية الغبن مع التغرير فهما نظريتان مستقلتان تكمل إحداهما الأخرى وكما يأتي:

من حيث الطبيعة: قد يوجد عيب الغلط من غير تغرير مقرون بالغبن وبالعكس، فالغلط إما ان يكون تلقائياً انزلق إليه الشخص من تلقاء نفسه وإما ان يكون ناشئاً عن تدليس وفي الحالتين يكون الغلط هو عيب في الإرادة.

ـ من حيث الاثبات:

وقد يكون للعاقد الواقع في غلط مصلحة في إثبات الغلط الناشئ عن تدليس لان إثبات التغرير أسهل وأيسر من إثبات الغلط لأنه أمر نفسي يتعذر في الغالب إثباته.

ـ الجزاء: والغلط جزاءه نقض العقد فقط، ولا محل للتعويض عنه وفقاً للرأي الراجح. أما التغرير مع الغبن فجزاؤه نقض العقد أيضاً إلا ان للتعويض فيه مكاناً ملحوظاً لكونه عملاً غير مشروع، ومن ثم يجوز المطالبة في صدده بالتعويض ولو لم تكتمل أركان التغرير المصحوب بالغبن.

جزاء عيوب الإرادة عدا الاستغلال: إذا تحققت شروط احد عيوب الإرادة وتبين ان العاقد قد تعيبت إرادته من جراء الإكراه او انه كان واقعاً في غلط او انه غرر به فلحقه من جراء ذلك غبن فاحش، فالعقد موقوف لمصلحته فان أجازه نفذ وان لم يجزه بطل.

الإستغلال

ويقصد به ان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش.

علاقة الاستغلال بعيوب الإرادة الأخرى: إذا كان مشرعنا قد جعل من الاستغلال عيباً رابعاً من عيوب الإرادة، إلا انه ليس عيباً مستقلاً تماماً عن عيوب الإرادة الأخرى فهو يقترب من الإكراه إن لم يكن أكراهاً كما في حالة الهوى الجامح، كما انه يقترب من الغلط او التغرير مع الغبن كما في حالة الطيش البين، فهو إذن لا يختلف في طبيعته عن العيوب الأخرى من حيث تأثيره في الإرادة وإن اختلف عنها من حيث الدرجة، كما ان إثبات هذه العيوب في نطاق الاستغلال أيسر لأنها مفترضة من مجرد إقامة الدليل على توافر عنصري الاستغلال.

عناصر الاستغلال: للاستغلال عنصرين احدهما موضوعي والآخر نفسي وعلى التفصيل الأتي:

اولاًـ العنصر الموضوعي: اختلال التعادل اختلالاً يؤدي إلى الغبن الفاحش: لم يعتد مشرعنا، فيما يتعلق باختلال التعادل بين ما أخذه المتعاقد وأعطاه، بقيمة الشيء الشخصية في نظر المتعاقد بل اعتد بقيمة الشيء في ذاته، بمعني انه اعتمد المعيار المادي ، أي قيمة المعقود عليه الواردة في العقد بالنسبة إلى قيمته الحقيقية (قيمته في السوق). وعادة ما يقع الغبن في عقود المعاوضة ولكن لا يمنع وقوعه في العقود الاحتمالية إذا اجتمع فيها معنى استغلال ضعف المتعاقد. أما عقود التبرع فلا يتصور فيها اختلال التعادل ولا الغبن الفاحش، وان كان يتصور فيها الاستغلال.

ثانياً ـ العنصر النفسي: استغلال ضعف في نفس المتعاقد: يقصد بالعنصر النفسي ان احد المتعاقدين يريد ان يستغل في العاقد المغبون، حاجة او طيشاً او هوى او عدم خبرة او ضعف إدراك، فيتعاقد معه تعاقداً يلحق به الغبن الفاحش.والهوى، هو الميل الجارف الذي يضعف الإرادة فتنقاد لحكمه بالاستسلام، فمن استغل رغبة زوجته بالطلاق لتتزوج بمن تحب فاستكتبها ديناً كبيراً لتحقيق ذلك يكون قد استغل هوى جامحاً في زوجته نحو تحقيق هذه الرغبة العارمة. والطيش، هو النزق والخفة ويفيد معنى الاندفاع وعدم تقدير العواقب، فالشاب الثري قد تستغل حاجته للإنفاق فيستكتب تصرفات في أمواله بغبن فاحش. أما ضعف الإدراك فهو عدم الخبرة وسوء التقدير للأمور وهو لا يبلغ درجة العته.وعبأ إثبات كلا العنصرين يقع على عاتق العاقد المغبون.
جزاء الاستغلال ـ يختلف الجزاء في عقود المعاوضات عنه في عقود التبرع: في عقود المعاوضات للعاقد المغبون وفي خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول ولا يحق له طلب نقض العقد، وللقاضي ان يعمد إلى تعديل أي من الالتزامات المتقابلة إما بإنقاص التزامات العاقد المغبون او بالزيادة في التزامات العاقد المستغل بحيث لا يرفع كل غبن بل يكفي ألا يكون هناك غبن فاحش.
وبالنسبة للتبرعات فللعاقد المغبون ان يطلب نقضه خلال سنة من وقت العقد، والميعاد هو ميعاد سقوط لا ميعاد تقادم، وبالتالي فهو ليس عرضة لا للوقوف ولا للانقطاع.

المبحث الثاني
المحل

محل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن.
صور المحل: المحل إما ان يكون نقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل. ولكل التزام محل اياً كان مصدر هذا الالتزام، إلا ان أهمية دراسة المحل تبدو في الالتزامات الإرادية، أي العقد والإرادة المنفردة، لان الإرادة هي التي تحدد محلها، أما الالتزامات غير الإرادية فإن القانون يحدد محلها وهو غالباً دفع مبلغ من النقود.
شروط المحل: ١ـ يجب ان يكون المحل موجوداً أو ممكناً. ٢ـ يجب ان يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.
٣ـ يجب ان يكون المحل قابلاً للتعامل فيه (مشروعاً).

الشرط الاول: يجب ان يكون المحل موجوداً أو ممكناً:
١ـ شرط الوجود (بالنسبة للأشياء): إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل يتعلق بشيء معين، ففي كلتا الحالتين يجب ان يكون الشيء محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد، ففي عقد البيع او الإيجار يجب ان تكون العين المبيعة او المؤجرة موجودة. فإذا تبين ان ذلك الشيء غير موجود فان العقد لا ينعقد، كأن يبيع وارث حصته في الميراث ثم يتضح انه محجوب بوارث آخر. ولكن إذا وجد الشيء وقت التعاقد وهلك بعد التعاقد فان العقد ينعقد ونكون إزاء استحالة في التنفيذ. وإذا قصد المتعاقدين التعاقد على شيء موجود فعلاً وقت التعاقد لا على شيء محتمل الوجود، فان العقد لا ينعقد إذا تبين انه غير موجود ولو أمكن وجوده في المستقبل. إلا انه إذا انصرفت نيتهم إلى التعاقد على شيء محتمل الوجود إي يوجد في المستقبل صح العقد.
المحل المستقبل: يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الوجود في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر، كبيع منزل قبل ان يبدأ بناؤه على ان تنتقل ملكيته للمشتري بعد اكتماله، وبيع مؤلف كتابه قبل ان يتمه . او ان يكون الشيء محتمل الوجود إي قد يوجد وقد لا يوجد، كأن يتنازل مقاول عن الأجر في مقاولة لم ترس عليه بعد او بيع نتاج ماشية قبل وجود النتاج.
التركة المستقبلة: ان التعامل بتركة إنسان على قيد الحياة باطل لمخالفه للآداب إذا صدر من الوارث ولمخالفته للنظام العام إذا صدر من المورث نفسه، كأن يبيع شخص او يرهن ما سيؤول إليه من ميراث بعد وفاة أبيه.

ومثل هذا العقد باطل لان فيه معنى المضاربة على حياة شخص حي وهو يتعارض مع الآداب وفيه شبهة وقوع المتصرف تحت استغلال المرابين. وهو باطل اياً كان نوع التصرف ، بيعاً او إيجاراً او رهنا او هبة ...، وسواء صدر التصرف لأجنبي او لوارث في نفس التركة او حتى لو صدر من المورث نفسه.

٢- شرط الإمكان (بالنسبة للأعمال) : إذا كان محل الالتزام عملاً او امتناعاً عن عمل، فيجب ان يكون المحل ممكناً، لأنه لا التزام بمستحيل، والمقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة أي ان يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته لا بالنسبة إلى شخص المدين، والاستحالة المطلقة قد تكون طبيعية كالتزام جراح بإجراء عملية لمريض مات قبل العقد وقد تكون قانونية كالتزام محامي بالطعن في حكم بعد فوات ميعاد الاستئناف، ففي مثل هذه الأحوال يكون العقد باطلاً.

أما إذا كانت الاستحالة نسبية أي بالنسبة لشخص المدين فقط لا إلى غيره من الناس، فان الالتزام يكون صحيحاً فان عجز عن تنفيذه يحكم عليه بالتعويض، ومثاله ان يتعهد شخص لا يجيد الرسم برسم لوحة فنية.

الشرط الثاني: يجب ان يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين:

١- إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني،فيجب التمييز بين الأشياء القيمية والاشياء المثلية والنقود.

- بالنسبة للقيميات: يجب ان يكون محل الالتزام معيناً تعيناً كافياً يميزه عما عداه، فان كان المحل قطعة ارض فيكون التعيين بالموقع والحدود والمساحة، وان كان جواداً فيكون التعيين بالجنس واللون والسن والنسب.

- بالنسبة للمثليات: فيكون التعيين بالنوع والمقدار، كبيع خمسين طن من الحنطة الكردية، كما يمكن التعيين بالنوع فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار، كأن يتعهد مورد بتوريد الغذاء الكافي لمستشفى، فيكون المقدار قابلاً للتعيين على أساس عدد أسرة المستشفى.على انه يكفي للتعيين ان يكون المحل موجوداً في مجلس العقد فيشار إليه، وهذه ابلغ طرق التعيين، او انه كان معلوماً عند المتعاقدين وفي مثل هذه الأحوال لا حاجة لوصفه و تعريفه بوجه آخر، ويقع التعيين أيضاً بالإشارة إلى مكان وجود الشيء، كحنطة في مخزن وان لم تكن معلومة الوصف والمقدار وقع العقد صحيحاً نافذاً إلا انه غير لازم فيجوز فسخه بخيار الرؤيا.

- بالنسبة للنقود: إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود فان المدين يكون ملزماً بقدر عددها المذكور في العقد دون ان يكون لارتفاع او انخفاض قيمة النقود وقت الوفاء أي اثر.

٢- إذا كان محل الالتزام عملاً او امتناعاً عن عمل، وجب ان يكون محل الالتزام معيناً تعيناً نافياً للجهالة او مشتملاً على العناصر التي تجعل محل الالتزام قابلاً للتعيين، فإذا تعهد مقاول ببناء مستشفى وجب ذكر مواصفات هذا المبنى او كم يتسع من الأسرة. فإذا لم يعين المحل عل النحو التقدم فالعقد باطل.

الشرط الثالث: يجب ان يكون المحل قابلاً للتعامل فيه (مشروعاً).

الأصل ان جميع الأشياء صالحة لان تكون محلاً للحقوق المالية ان لم تخرج من التعامل بطبيعتها او بحكم القانون. والتي تخرج بطبيعتها عن التعامل هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها او ملكيتها احد كالماء والهواء لأنها متاحة للجميع، والاشياء التي تخرج بحكم القانون عن التعامل تكون أما رعاية لمصلحة عامة او تحقيقاً للغرض الذي وجدت من اجله كالأموال العامة التي لا يجوز التصرف فيها او الحجز عليها او تملكها بالتقادم، ولكن يجوز ان يستغل الأفراد جزءاً منها بتراخيص رسمية كإقامة أكشاك على الأرصفة.

وقد يخرج المشرع بعض الأشياء من التعامل حماية للنظام العام والآداب كتحريم الاتجار بالمخدرات والتعامل في تركة مستقبلة وأموال الوقف ومال المحجور. فان كان المحل غير مشروع كان العقد باطلاً لعدم مشروعية المحل.

المبحث الثالث
السبب

السبب في الالتزام العقدي وثيق الصلة بالإرادة إذ لا يتصور ان تتحرك الإرادة دون سبب، وللسبب عدة معان:
السبب المنشئ: وهو الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام أي مصدر الالتزام كالعقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع ..... وليس هو المقصود بدراستنا في هذا المقام ..... .
السبب القصدي: هو الغرض المباشر الذي يسعى الملتزم إليه من وراء التزامه، وهو عنصر موضوعي نبحث عنه داخل العقد ولا يتغير في النوع الواحد من العقود، ولا يختلف باختلاف شخص الملتزم، ففي عقد البيع يكون السبب القصدي للبائع هو الحصول على الثمن وللمشتري هو الحصول على المبيع.
السبب الباعث الدافع للتعاقد: وهو الغرض البعيد غير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد، وهو متغير في كل عقد وبالنسبة لكل متعاقد، فهو أمر شخصي يتعلق بنوايا الملتزم وخارج عن العقد.
ففي عقد البيع قد يكون الباعث للبائع هو إنفاق الثمن لأغراض المعيشة او الدراسة او العلاج، وقد يكون باعث المشتري من شراء العقار لغرض السكن او فتح محل او اتخاذه كناد للقمار.

اولاً: النظرية التقليدية في السبب:

وهي تأخذ بالسبب القصدي كما سبق بيانه، وهي تشترط لصحة العقد ان يكون السبب موجوداً وان يكون صحيحاً وان يكون مشروعاً.
١- وجود السبب: شرط وجود السبب هو شرط ابتداء وبقاء. فالسبب ينبغي ان يكون موجوداً وقت إبرام العقد وينبغي ان يظل قائما إلى وقت تنفيذه. فإذا لم يوجد السبب ابتداءً كان العقد باطلاً، وإذا تخلف السبب بعد ذلك أصبح العقد مهدداً بالزوال ويظهر ذلك بصفة خاصة في العقود الملزمة لجانبين التي تتميز بثلاثة أمور هي الدفع بعم التنفيذ والفسخ وتحمل التبعة.
ومن الأمثلة على عدم وجود السبب ابتداءً هي سندات المجاملة، وهي تعهد بدين لا وجود له (صوري) يعطيه المدين مجاملة للدائن فيقوم بتحصيل قيمته من البنك، وقبل ان يحل اجل الدين يرد المبلغ للمدين حتى يسدد قيمته للبنك. ولا يكن التمسك ببطلان السند بمواجهة حامله حسن النية إذا انتقل إليه، ولكن يمكن التمسك بالبطلان بين المدين ودائنه الصوري على أساس عدم وجود السبب.
٢- صحة السبب: يشترط لصحة العقد ان يكون السبب صحيحاً، وهو لا يكون صحيحاً إذا كان موهوماً او صورياً.
ومثال السبب الموهوم ان يتم عقد قسمة بين الورثة والموصى له، ثم يتضح بطلان الوصية، فيبطل العقد لعدم صحة السبب. أما صورية السبب فليست دائماً سبباً للبطلان مادام يوجد سبب حقيقي صحيح، فان تبين انه موهوم بطل العقد لعدم صحة السبب، وان تبين انه موجود ولكنه غير مشروع بطل العقد لعدم مشروعية السبب.
٣- مشروعية السبب: السبب المشروع هو الذي لا يتعارض مع تحريم صريح في القانون ولا يخالف النظام العام والآداب.
- والالتزام قد يكون محله مشروع ولكن سببه غير مشروع، كالتزام شخص بدفع مبلغ من النقود (محل مشروع) مقابل التزام شخص آخر بارتكاب جريمة (سبب غير مشروع)، فيبطل العقد.
- قد يكون المحل مشروعاً لالتزام الطرفين بينما يكون سبب التزامهما غير مشروع، كان يدفع شخص لآخر مبلغ من النقود (محل مشروع) مقابل التزام الآخر بعدم ارتكاب جريمة (محل مشروع)، ولكن السبب غير مشروع لان الذي يمنع ارتكاب الجرائم هو القانون مباشرة لا اخذ نقوداً في مقابل الالتزام بالقانون.
وقد لاقت النظرية التقليدية نقدا شديداً من الفقهاء المحدثين وعلى رأسهم الفقيه بلانيول وذهبوا إلى عدم فائدتها، بينما دافع عنها فريق آخر وعلى رأسهم الفقيه كابيتان بعد إدخال بعض التعديلات عليها.

ثانياً: النظرية الحديثة في السبب (نظرية القضاء):

وهي تأخذ بالسبب الباعث كما سبق بيانه، فقد لمس القضاء قصور النظرية التقليدية في مواجهة جميع الحالات التي يجب اعتبار العقد فيها باطلاً. فالسبب في عقود التبرعات، طبقاً للنظرية التقليدية، هو نية التبرع وهو بهذا المعنى دائماً مشروع ولكن قد يكون الدافع هو إقامة علاقة غير مشروعة، فإذا أخذنا بالنظرية الحديثة بمعنى الباعث الدافع لأمكن إبطال عقد الهبة في هذه الحالة لعدم مشروعية السبب. وكذلك الأمر بالنسبة لعقد الإيجار فقد يكون الباعث هو اتخاذ المكان كناد للقمار او للبغاء فيمكن إبطاله وفقاً للنظرية الحديثة، وهذا ما يقصر السبب القصدي عن إدراكه وفقاً للنظرية التقليدية.

ويشترط وفقاً للنظرية الحديثة ان يكون السبب مشروعاً، أي ان يكون الباعث الدافع إلى التعاقد مشروعا، ولما كان الباعث أمراً شخصياً خارجاً عن نطاق العقد ومتغيراً من شخص لآخر كان لابد من ضابط يضمن استقرار المعاملات بحيث لا يكون في وسع كل متعاقد ان يتحلل من التزاماته بحجة ان الباعث على تصرفه غير مشروع في حين يكون المتعاقد الآخر على جهل تام بهذا الباعث، لذلك اشترط القضاء للطعن شرطان هما :

١- عدم مشروعية السبب.

٢- ان يتصل الباعث غير المشروع بالطرف الآخر، أي انه كان يعلم به او كان من السهل عليه ان يتبينه.

فإذا اقترض شخص من آخر مبلغ من النقود لشراء ناد للقمار فالباعث غير مشروع لدى المقترض، لكن العقد يبقى صحيحاً إذا كان الطرف الآخر (المقرض) يجهل هذا الباعث غير المشروع ولكنه يعد باطلاً إذا كان يعلم بعدم مشروعيته او كان من السهل عليه ان يتبينه.

يتضح مما تقدم ان السبب دائماً موجود وفقاً للنظرية الحديثة في السبب ولكنه أما مشروع او غير مشروع.

ثالثاً: نظرية السبب في القانون المدني العراقي:

يتضح من نص المادة (١٣٢) مدني عراقي :

- ان مشرعنا ينسب السبب إلى الالتزام لا إلى العقد بقوله (ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ..)، وهذا يتفق مع النظرية التقليدية للسبب، أما النظرية الحديثة فتنسب السبب إلى العقد ذاته فهو الباعث الدافع للتعاقد.

- كما ويلاحظ ان مشرعنا يفترض عدم وجود السبب بقوله (يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب ...)

وهذا ما يتفق مع النظرية التقليدية، بينما هو موجود في كل العقود من وجهة نظر النظرية الحديثة للسبب.

- يلاحظ أيضاً ان مشرعنا اشترط مشروعية السبب لانعقاد العقد، وهذا يتفق مع النظرية الحديثة للسبب.

وهذا يعني ان مشرعنا قد جمع بين النظريتين التقليدية والحديثة في السبب وكما يأتي:

١- سبب الالتزام:

يشترط مشرعنا لصحة العقد ان يكون لكل التزام سبب موجود وصحيح ومشروع وفقاً لمقتضيات النظرية التقليدية، ولكن لا يشترط ذكر السبب في العقد، بل يفترض ان لكل التزام سبب موجود ومشروع حتى يثبت العكس،فان اثبت احد المتعاقدين ان السبب المذكور غير حقيقي ، فان العقد يبطل ما لم يثبت المتعاقد الآخر سبباً آخر مشروع غير مذكور في العقد.

٢- سبب العقد:

يشترط مشرعنا أيضا لصحة العقد ان يكون الباعث الدافع للتعاقد مشروعاً وفقاً لمقتضيات النظرية الحديثة كما سبق البيان. وينتقد موقف مشرعنا في الجمع بين نظريتين قامت إحداهما على أنقاض الأخرى وكان الأجدر ان يأخذ بالنظرية الحديثة فقط.

رابعاً: نظرية السبب في الفقه الإسلامي.

خامساً: الشروط غير المشروعة في العقد

يقصد بالشرط في هذا المقام الشرط التقييدي، هو الشرط الذي يرتبط بالمحل غالباً، وقد يكون هو الدافع إلى التعاقد فيكون سبباً.
والشرط التقييدي على ثلاثة أنواع:
١ـ شرط معتبر: يجب الوفاء به مع العقد، والشرط المعتبر هو ما جاء مؤكداً لمقتضى العقد او ملائما له او جاء على جري العرف والعادة.ومثاله اشتراط تعجيل ثمن المبيع، او إعطاء كفيل او رهن بالثمن.
٢ـ شرط لغو: العقد صحيح ويبطل الشرط لوحده، والشط اللغو هو ما جاء مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ولم يكن هو السبب الدافع للتعاقد، كأن يهب شخص مالاً لآخر على شرط ان يصرف جزء منه في القمار.
٣ـ شرط مبطل للعقد: وهو ما جاء مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وكان هو السبب الدافع للتعاقد، مثلا ان يتبرع شخص بمبلغ من المال لامرأة على شرط ان تعاشره معاشرة غير مشروعة،ومثل هذا الشرط مخالف للأدب العام وهو الدافع للعاقد فيبطل العقد.

المبحث الرابع
بطلان العقــد

العقود الصحيحة والعقود الباطلة:
العقد في القانون العراقي وعند جمهور فقهاء الشريعة قسمان، صحيح وباطل، وينقسم العقد الصحيح إلى موقوف ونافذ، وينقسم النافذ إلى لازم وغير لازم، أما عند الحنفية فالعقد صحيح وفاسد وباطل.
أولاً: العقد الصحيح:عرفت المادة (١٣٣) مدني عراقي العقد الصحيح النافذ بقولها:
(العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابلاً لحكمه وله سبب مشروع وأوصافه سالمة من الخلل). يتضح من التعريف ان العقد لدى مشرعنا لا يكون مشروعاً ذاتاً ووصفاً وصحيحاً نافذاً إلا إذا توافر فيه ما يأتي:
١ـ ان يكون صادراً من أهله، بأن يكون العاقد كامل الأهلية، فلو كان معدومها كان باطلاً، ولو كان ناقصها سرت أحكام ناقص الأهلية عليه من حيث البطلان او الصحة او الوقف.
٢ـ ان يكون مضافاً إلى محل (معقود عليه) قابل لحكمه، أي ان يكون من الأشياء التي لا تخرج عن التعامل بطبيعتها او بحكم القانون، وان تصلح لظهور اثر العقد فيها، ففي البيع يجب ان يكون مما يتحمل النقل من ذمة إلى أخرى مثلاً.
٣ـ ان يكون له سبب مشروع، فإذا لم يكن له سبب، او كان له سبب غير مشروع كان باطلاً.
٤ـ ان تكون أوصافه سالمة من الخلل، بان يكون سالماً من عيوب الإرادة وبخلافه يكون موقوفاً، وألا يكون محله مستحيلاً او مجهولاً او مخالفاً للنظم العام او الآداب وبخلافه يكون باطلاً. وحكم العقد الصحيح النافذ ان أثره (حكمه) يظهر في المحل في الحال أي عند تمام العقد.
ثانياً: العقد الموقوف:
وهو ما اعتراه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه والغلط والتغرير مع الغبن، او كان صادراً من محجور غير فاقد الأهلية، او صدر من وكيل تجاوز حدود وكالته، وكذلك إذا صدر ممن تصرف في ملك غيره.
وكأصل عام فان حالات التوقف في القانون العراقي يمكن إجمالها كما يأتي:
١ـ عقود المعاوضة التي يبرمها ناقص الأهلية ومن في حكمه.
٢ـ عيوب الإرادة وهي الإكراه والغلط والتغرير مع الغبن عدا الاستغلال.
٣ـ تجاوز الوكيل حدود وكالته الاتفاقية.
٤ـ تصرف الفضولي.
حكم العقد الموقوف: العقد الموقوف من أقسام العقد الصحيح ولكنه غير نافذ، فإذا انعقد العقد موقوفاً، جاز لمن شرعت الإجازة لمصلحته بعد زوال سبب الوقف ان ينقضه فينقلب باطلاً من المبدأ، او ان يجيزه فينفذ من

المبدأ بأثر رجعي. فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الأيدي بما له من حق عيني، ذلك الحق الذي يثبت لصاحبه حق تتبع العين أينما وجدها.
حكم هلاك العين: إذا كانت العين هالكة فللعاقد في الوقوف للحجر او الغلط تضمين العاقد الآخر، وفي الوقوف للإكراه او التغرير تضمين العاقد الآخر، او تضمين الغار او المكره وفي هذه الحالة لهما الرجوع على العاقد الآخر لأنه هو المستفيد من العقد.
حكم هلاك الثمن: إذا هلك الثمن في يد العاقد المكره او المغرور، فإن كان قد قبضه مكرهاً او مغروراً وهلك في يده وبدون تعد منه او تقصير، فلا ضمان عليه لأنه أمانة بيده والأمانة لا تضمن بلا تعد او تقصير من الأمين.
تصرف الفضولي:
الفضولي هو من تصرف في ملك غيره بدون إذن منه تصرفاً قانونياً.
حكمه: عقد الفضالة، عقد مستجمع أركان العقد الصحيح النافذ وشروطه، وليس فيه أي خلل لا ذاتاً ولا صفة. غير انه صدوره جاء من غير المالك للمعقود عليه فكان موقوفاً على اجازة المالك، وتعد الإجازة توكيلاً للفضولي بأثر رجعي بحكم القانون، وما قبضه من بدل عليه رده للمالك وللأخير المطالبة به.
وان لم يجز المالك عقد الفضولي بطل، فعلى الفضولي رد البدل إلى من تعاقد معه وللأخير الرجوع عليه بحكم الكسب بلا سبب.
هلاك البدل عند عدم الإجازة:
إذا هلك البدل في يد الفضولي دون تعد او تقصير وكان العاقد الآخر يعلم حين الأداء انه فضولي فلا ضمان على الفضولي لأنه أمانة بيده. أما إذا كان لا يعلم انه يتعاقد مع فضولي بل مع المالك فعلى الفضولي الضمان، لان العاقد الآخر دفع على نية انه عوض عن المعقود عليه فان لم يقبضه جاز له المطالبة بما دفعه.
حكم تسليم المعقود عليه:
وإذا كان الفضولي قد سلم المعقود عليه فضولاً إلى العاقد الآخر ولم يجز المالك العقد كان الفضولي بحكم الغاصب، وكان العاقد الآخر بحكم غاصب الغاصب، فللمالك مطالبة العاقد الآخر برد ما سلمه إليه، فان كان قد هلك في يده، كان للمالك تضمين الفضولي او تضمين العاقد الآخر، ومطالبة أياً منهما بالضمان تبطل مطالبة الآخر لان التضمين تمليك والشيء الواحد لا يملك مستقلاً لكل من شخصين.
من له حق التمسك بخيار الإجازة او النقض؟
لا يجوز التمسك بخيار الإجازة إلا من شرع التوقف لمصلحته، كالمالك في بيع الفضولي، ومن تعيبت إرادته بأحد عيوب الإرادة، والأصيل في حالة تجاوز حدود النيابة، وناقص الأهلية بعد تحقق رشده او وليه عند علمه بالعقد الموقوف. ويجب ان يستعمل خيار الإجازة او النقض خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذا بأثر رجعي يستند إلى اليوم الذي تم فيه العقد.
ويبدأ سريان الميعاد إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب او من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد،
وإذا كان سبب التوقف الإكراه او الغلط او التغرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه او يتبين فيه الغلط او ينكشف فيه التغرير، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد.
حالة خاصة:
استثناءاً من القاعدة العامة في الإجازة. إذا كان سبب التوقف راجعاً إلى تجاوز حدود النيابة، فان القانون أتاح للغير المتعاقد مع الوكيل ان يحد للموكل ميعاداً مناسباً يجيز فيه العقد، فان لم يجزه خلال ذلك الميعاد تحلل من العقد.
الإجازة : أنواعها وشروطها:
الإجازة نوعان صريحة كالقول أجزت العقد، ودلالة باتخاذ مسلك يستفاد منه التنازل عن خيار الإجازة او النقض، كان يقبض من له الإجازة الثمن. وتستند الإجازة إلى اليوم الذي تم فيه العقد بأثر رجعي.

ويشترط لصحة الإجازة وجود من يملكها وقت صدورها ولا يشترط قيام العاقدين والمعقود عليه والمالك الأصلي وقت صدور الإجازة، فخيار الإجازة ينتقل إلى ورثة من تقرر له هذا الخيار إذا لم تنقض مدة الخيار.

ثالثاً: العقد الصحيح اللازم:

وهو العقد الصحيح الذي ترتبت عليه كل أثاره والذي لا يستطيع احد الطرفين ان يستقل بفسخه. كالبيع والإجارة والصلح والحوالة ، وواضح ان القوة الملزمة للعقد تبلغ ذروتها في هذا العقد.

رابعاً: العقد الصحيح غير اللازم:

وهو العقد الصحيح الذي يستطيع احد طرفيه او كلاهما فسخه، ويرجع حق الفسخ أما إلى طبيعة العقد او إلى خيار من الخيارات. مثال الاول الوكالة والوديعة والعارية، ومثال الثاني العقد الذي يلحقه خيار الرؤيا او خيار الشرط او خيار التعيين او خيار العيب.

خامسا: العقد الفاسد:

العقد الفاسد عند الحنفية هو ما شرع بأصله لا بوصفه، فالأصل سالم والفساد في الأوصاف بسبب نهي الشارع، فيراعى في الحكم سلامة الأصل وفساد الوصف. ومن أحكامه عند الحنفية انه عقد منعقد ومفيد لحكمه إذا تقوى بقبض المعقود عليه وان كان لأحد العاقدين او كلاهما او القاضي ان يفسخه رفعاً للفساد.ولم يأخذ المشرع العراقي بفكرة العقد الفاسد فقد ساوى كقاعدة عامة بين فاسد العقد وباطله. وألحق بعض صوره بالعقد الصحيح الموقوف كالعقد المنعقد بسبب الإكراه والحق صورا أخرى منه بالعقد الباطل كالعقد الفاسد بسبب جهالة المحل.

سادساً: العقد الباطل

معنى العقد الباطل وسبب البطلان:

العقد الباطل هو ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته او وصفاً باعتبار بعض أوصافه الخارجية. فأسباب البطلان شيئان:

١ـ خلل في ذات العقد ومقوماته: ويتعلق الخلل باركان العقد، مثل ان يصدر الإيجاب او القبول ممن ليس أهلاً للتعاقد ـ او لا يوافق القبول الإيجاب، او ان يكون المحل مما لا يجوز التعامل فيه او ان يكون خالياً من السبب، او ان يكون السبب غير مشروع، او ان يكون المحل او السبب مخالفاً لنظام العام والآداب.

٢ـ خلل في أوصافه الخارجة عن ذاته ومقوماته: مثل ان يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة، او ان لا يستوفي الشكل الذي فرضه القانون فيه، كتسجيل بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري، والقبض في العقود العينية.

نوع البطلان: البطلان في القانون المدني العراقي ليس مراتب متدرجة، بل هو بطلان واحد، وهو ما تسميه بعض التشريعات بالبطلان المطلق. اما نظرية البطلان النسبي فيطرحها المشرع العراقي جانباً لأنها لا تنسجم مع منطق الفقه الإسلامي، لان العقد القابل للإبطال هو عقد صحيح ونافذ وإذا كان كذلك لا يصح وصفه بالبطلان ولو نسبياً، ولا يوجد فيه عيب حتى تصححه الإجازة.

حكم البطلان:

ـ العقد الباطل منعدم قانوناً فلا ينتج أثراً وليس من اللازم صدور حكم لتقرير هذا البطلان، ولأطرافه اعتباره غير موجود، فلو كان العقد الباطل بيعاً فللبائع ان يتصرف في المعقود عليه ما دام في حيازته لمشتر آخر، فان قاضاه المشتري الاول كان له ان يدفع الدعوى بالبطلان. أما إذا كان قد سلم المبيع للمشتري فله ان يرفع دعوى البطلان عليه ليسترده.

ـ ويتمسك بالبطلان طرفي العقد وكل من كسب حقاً في المحل يؤثر فيه صحة العقد او بطلانه، سواء كسب الحق قبل صدور العقد او بعده. فيتمسك بالبطلان كل من الطرفين وخلفهما العام والخاص كالورثة والدائنون وكل من كسب حقاً عينياً او شخصياً على العين محل العقد.

ـ على المحكمة ان تحكم ببطلان العقد من تلقاء نفسها ولو رفعت الدعوى على وجه آخر غير وجه البطلان متى ما تحقق لديها سبب البطلان لو لم يطلب المدعي الحكم بالبطلان، إذ ليس للمحكمة ان تعتبر ما هو معدوم قانوناً ذا وجود.
ـ ويختلف التمسك بالبطلان في العقود الموقوفة، عن التمسك بالبطلان في العقود الباطلة، لان العقد الموقوف عقد صحيح ينحصر التمسك بالبطلان فيه بأحد العاقدين دون الآخر.
ـ العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأن المعدوم لا يكون موجوداً بالإجازة فهي لا تلحق غير العقود الموقوفة.
ـ لا يزول البطلان بالتقادم، وكذلك لا يسقط الدفع بالبطلان لان الدفوع لا تتقادم، فإذا لم يسلم البائع العين المبيعة وتقادم الزمن على هذا الوضع ثم رفع المشتري دعوى على البائع يطلب التسليم فللبائع الدفع ببطلان عقد البيع رغماً عن مرور الزمان.
اثر الحكم بالبطلان: بما ان العقد الباطل لا ينتج أثراً ولا يفيد حكماً فيجب والحالة هذه إعادة كل شيء إلى أصله، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذه قاعدة عامة فإذا كان احد المتعاقدين قد سلم شيأ للآخر تنفيذا للعقد، جاز له استرداده كاملاً، وإذا استحال الرد بسبب استهلاك الشيء او هلاكه على يد مستلمه جاز الحكم عليه بتعويض معادل لتعود الحالة إلى ما كانت عليه.
استثناء ناقص الأهلية: يستثنى مما تقدم إذا أبطل عقد ناقص الأهلية لنقص أهليته،وطالبه الطرف الآخر باسترداد ما سلمه إليه كاملاً، فانه لا يحكم على ناقص الأهلية إلا برد القدر الذي استفادة عملاً بقاعدة الكسب بلا سبب ولا تطبق عليه القاعدة العامة مراعاة لمصلحته، ويعلل ذلك بان الدافع هو المضيع لماله بالدفع لمن ليس أهلاً لحفظه. وعبأ إثبات قدر المنفعة على عاتق الطرف الآخر ولا يكلف ناقص الأهلية بإثبات انه لم يستفد لان الأصل براءة الذمة، ولأن الإثبات لا يتوجه للنفي.
الآثار التي تترتب على العقد الباطل:
الآثار الأصلية والآثار العرضية: في حالات قليلة يرتب القانون على العقد الباطل أثاره الأصلية كما لو كان صحيحاً. تطبيقاً لفكرة حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات.
ومن أمثلة ذلك، عقد الشركة الباطل، فهو ينتج أثاره باعتبار ان الشركة امرأ واقعاً، ويتحمل الشركاء خسائر هذه الشركة الفعلية ويتقاسمون أرباحها طبقاً للشروط المبينة في العقد نفسه. وكذلك العقد الصوري فهو عقد معدوم بين طرفيه ولكنه عقد قائم في نظر الغير، بل انه لو تمسك البعض بالعقد الصوري وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي فان الأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الصوري.
وفي حالات أخرى يرتب القانون على العقد الباطل بعض الآثار العرضية باعتباره واقعة مادية وليس عقداً، مثال ذلك عقد الزواج الباطل في الشريعة الإسلامية، فهو لا ينتج أثار الزواج الصحيح كوجوب النفقة وحق التمتع والتوارث، ولكنه ينتج بعض الآثار العرضية كوجوب العدة نتيجة الدخول ووجوب المهر كتعويض عن الدخول وسقوط الحد للشبهة، والبنوة رعاية للولد.
إلا ان أهم الآثار العرضية التي تترتب على عقد باطل هي ما يعرف بانتقاص العقد و تحول العقد:
١ـ انتقاص العقد: قررت (١٣٩) مدني عراقي الحكم الذي أسسته نظرية انتقاص العقود ومفادها انه إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، فالعقد ينتقص ولا يبطل كله، اما إذا تبين ان العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً فانه في هذه الحالة يكون باطلاً في الجميع لعدم إمكانية الفصل بينهما.
مثال ذلك ان هبة اقترنت بشرط غير مشروع، او بيعاً وقع على مال مملوك ومال وقف، او عقد ورد على عدة امور وقع العاقد في غلط جوهري بشأن بعضها، وكذلك الاتفاق على فائدة تزيد على الحد القانوني، فان الشق الذي قام فيه سبب البطلان وحده هو الذي يبطل، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً، ما لم يتبين ان العقد ما كان ليتم بدون الشق الباطل وعبأ الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة الباقي.
٢ـ تحول العقد: قررت المادة (١٤٠) مدني عراقي قبول الحكم الذي أسسته نظرية تحول العقد ومفادها ان العقد إذا وقع باطلاً، ولكن توافرت فيه عناصر عقد آخر، فانه يتحول إلى هذا العقد الآخر إذا تبين من الظروف

ان العقدين كانت تنصرف نيتهما إلى هذا العقد لو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصداه، اي ينقلب عقداً صحيحاً لا من النوع الذي قصده المتعاقدان، بل من النوع الذي توافرت فيه عناصره، فلتحول العقد ثلاثة شروط:

١- ان يكون العقد باطلاً، فإذا كان صحيحاً ثبت غير متحول.

٢- ان تتوافر فيه عناصر العقد الجديد الذي يقوم مقام الأصل.

٣- ان يقوم الدليل على ان نية المتعادين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصل من أسباب البطلان.

مثال ذلك: السند الرسمي الذي يفقد الرسمية بسبب عدم اختصاص الموظف الذي وقعه مثلاً يتحول إلى سند عادي ما دام موقعاً من الطرفين، والبيع بثمن تافه يتحول إلى هبة إذا كان قد انصب على منقول جرى تسليمه.

ويلاحظ ان انتقاص العقد يرمي إلى مجرد تفسير إرادة المتعاقدين، أما تحول العقد فهو عمل تقوم به المحكمة مقام المتعاقدين فتبدل عقدهما القديم عقداً جديداً تقيمه لهما، وذلك بناءاً على نيتهما المحتملة.

ولا يشتبه تحول العقد بانصراف العقد إلى النية الظاهرة والنية الباطنة فإن التحول إنما يقع في العقود الباطلة، بينما انصراف العقد يقع في العقود الصحيحة، والتحول يقع بإقامة المحكمة نفسها مقام العاقدين، بينما انصراف العقد يقع بتفسير نية المتعاقدين.

الفصل الثاني

آثــار العقــد

نسبية آثار العقد من حيث الاشخاص ومن حيث المضمون

المبحث الاول: اثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

تحديد معنى المتعاقدين: يشمل تعبير (متعاقدين)، بالإضافة إلى المتعاقدين نفسيهما ، خلفهما العام وخلفهما الخاص ودائنيهما العاديين.

المطلب الاول

الخلف العام

سريان اثر العقد في حق الخلف العام:

الخلف العام هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها كالوارث أو في جزء شائع منها كالموصى له بالثلث او الربع او النصف. والخلف العام يخلف سلفه بمقتضى أحكام الميراث والوصية فمن الطبيعي ان يتأثر بالعقود التي يبرمها سلفه، فإذا باع شخص شيئاً ولم يقبض ثمنه ثم مات فان حقه في المطالبة بالثمن ينتقل الى الورثة.

مدى انصراف اثر العقد إلى الخلف العام:

يختلف تأثر الخلف العام بتصرفات سلفه باختلاف التصوير القانوني لشخصية الخلف، ففي القوانين اللاتينية كالفرنسي، تعتبر شخصية الوارث امتداد لشخصية المورث فيكتسب حقوقه ويتحمل بالتزاماته، ولكن الحكم في الشريعة الإسلامية مختلف حيث لا يلزم الوارث بديون مورثه، لان الحديث الشريف يقول (لا تركة إلا بعد سداد)، فإذا مات شخص وعليه ديون فإنها توفي من ماله أولا فان بقى شيء يذهب إلى الورثة، فالقاعدة بالنسبة للخلف العام هي ان تنتقل إليه حقوق سلفه دون ديونه والتزاماته إلا انه لا يتلقى هذه الحقوق إلا بعد سداد الديون مما تركه المتوفي.

مدى انتقال الحقوق الى الخلف العام:

اختلف الفقهاء المسلمون في أنواع الحقوق التي تنتقل إلى الورثة، فذهب الحنفية الى انتقال الحقوق المالية فقط، بينما ذهب آخرون إلى انتقال جميع الحقوق المالية وغير المالية مثل المنافع والحقوق الشخصية، وسبب اختلاف الفقهاء هو اختلافهم في رواية حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فروى الحنفية انه قال (من

ترك مالاً فلورثته)، بينما روى الآخرون انه قال (من ترك مالاً او حقاً فلورثته)، والرأي الاخير يتفق مع ما تأخذ به القوانين الحديثة.
استثناء: هناك حالات استثنائية لا ينصرف فيها اثر العقد إلى الخلف العام، وكما يأتي:
أ- عدم انصراف اثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً عاماً: وذلك في الحالات التالية
١- اتفاق المتعاقدين: فقد يتفق المتعاقدان على ان لا يسري العقد في حق الورثة، كما لو اتفق المؤجر والمستأجر على انتهاء عقد الإيجار بموت المستأجر ومن ثم لا ينتفع ورثة المستأجر بالعين المؤجرة بعد وفاة مورثهم.
٢- طبيعة الحق: وقد تأبى طبيعة الحق انتقاله إلى الورثة، كحق الانتفاع الذي ينقضي بطبيعته بوفاة صاحبه.
٣- شخصية السلف محل اعتبار: لا يسري أثر العقد في حق الخلف أيضاً إذا كانت شخصية السلف محل اعتبار عند التعاقد. كما لو أوكل شخص محامياً وكالة عامة لمدة معينة ومات المحامي قبل انتهاء المدة فلا يستطيع ابنه ولو كان محامياً ان يطلب الحلول محل أبيه، لان شخصية الأب كانت محل اعتبار عند التعاقد.
ب - عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام لاعتباره من الغير:
هناك حالات اعتبر الشارع فيها الورثة من الغير، لا خلفاً عاماً للمورث، فلا تسري في حقهم تصرفات مورثهم، وذلك حماية للورثة من تصرفات مورثهم التي يقصد بها الإضرار بهم كالوصية والتبرع في مرض الموت، فيحدد الشارع حق المورث بالإيصاء بثلث تركته، فان أوصى بأكثر من ذلك لم تنفذ الوصية في حق الورثة إلا إذا أجازوها. ويعتبر التبرع والإبراء والكفالة في مرض الموت بحكم الوصية بشأن ما زاد على ثلث التركة.

المطلب الثاني
الخلف الخاص

معنى الخلف الخاص: الخلف الخاص هو من يتلقى عن غيره ملكية شيء معين بالذات او حقٍ عينياً على هذا الشيء. فالمشتري يعتبر خلفاً خاصاً للبائع والمرتهن يعتبر خلفاً خاصاً للراهن وهكذا.
مدى تأثر الخلف الخاص بتصرفات سلفه: يختلف الخلف الخاص عن الخلف العام في انه يخلف سلفه في شيء معين بالذات لا في ذمته المالية كلها، فمن الطبيعي ان لا يتأثر الخلف الخاص بكل تصرفات سلفه، لذلك يشترط لسريان أثر تصرف السلف في حق الخلف الخاص توفر شرطين:
١- ان يكون التصرف متعلقاً بالشيء الذي ينتقل إلى الخلف الخاص.
٢- يكون التصرف صادراً من السلف قبل انتقال الشيء إلى الخلف الخاص.
مثاله إذا رهن شخص داره عند المصرف العقاري ثم باعها فالدار تنتقل إلى المشتري وهي مرهونة.
شروط سريان تصرف السلف في حق الخلف الخاص:يجب توفر شرطان هما:
١- أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء. ٢- علم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات.
الشرط الاول: أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء.
تعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له، وتعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له.
أ - الحقوق المكملة للشيء: يعتبر الحق من مكملات الشيء إذا كان من شأنه ان يقويه أو ان يدرأ عنه ضرراً أو ان يزيد من قيمته ومنافعه، وهو يعتبر كذلك في الصور التالية:
١- التأمين: إذا امن شخص على منزله ودفع الإقساط لمدة سنة مثلاً ثم باعه فان الحق في مبلغ التامين ينتقل إلى المشتري، لان من شأن هذا الحق ان يدرأ ضرراً عن المنزل. ما لم تكن شخصية المؤمن له محل اعتبار.
٢- اشتراط عدم المنافسة التجارية الذي يشترطه مشتري المحل التجاري على البائع ينتقل عند بيعه للمشتري الجديد لأنه يدفع ضرراً عن المتجر ويزيد من قيمته ومنافعه.
٣- عقود العمل: لمشتري المتجر مطالبة العاملين فيه تنفيذ عقود العمل التي ابرموها مع المالك السابق، ما لم تكن شخصية الاخير محل اعتبار عند تعاقدهم معه، لان هذا الحق يزيد من قيمة المتجر ومنافعه.
الحقوق غير المكملة للشيء: وهذه لا تنتقل للخلف الخاص كما في الصور الآتية:

١- عقد المقاولة: إذا تعاقد مالك ارض مع مقاول لبنائها ثم باعها، فحقه قبل المقاول لا ينتقل إلى المشتري، لأنه لا يعتبر مكملاً للأرض، فليس من شأنه ان يدرأ ضرراً عنها ولا ان يزيد من قيمتها ومنافعها.
٢- إذا كانت شخصية السلف محل اعتبار عند نشوء الحق: فإذا تعهد مقاول ببناء مستشفى لجمعية خيرية على ارض تملكها ثم باعت الأرض، فحقها قبل المقاول لا ينتقل إلى المشتري بالمبلغ المتفق عليه لان شخصية الجمعية كانت محل اعتبار عند التعاقد.
ب - الالتزامات المحددة للشيء: يعتبر الالتزام محدداً للشيء إذا كان من شأنه ان يلزم السلف باستعمال ملكه على نحو معين أو ان يغل يد السلف عن استعمال بعض حقوق المالك. كما يأتي:
١- التزام السلف باستعمال ملكه على نحو معين: إذا اشترى شخص ارض لبناء الدور عليها واشترط عليه البائع ان يكون البناء على طراز معين ، بناء شرقي مثلاً او منعه من بناء مقهى او ملهى ، ثم باع المشتري الأرض فالتزامه بالبناء على النحو المتفق عليه او التزامه بعدم بناء مقهى او ملهى ينتقل إلى المشتري.
٢- التزام السلف الذي يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك: قضت المحاكم الفرنسية بأن التزام صاحب دار مجاورة لكنيسة بعدم إقامته هو وخلفائه على وجه الدوام والاستمرار حفلات راقصة ينتقل إلى المشتري لأنه يفرض عليه قيداً من حقوقه كمالك. وفي قضية أخرى قسم أب عقاراته على أولاده وكان احدها يتمتع بحق الشرب على عقار مجاور واشترط في وصيته على ولده الذي كان العقار من نصيبه ان يسمح لإخوته بأخذ الماء، فلما مات الأب باع هذا الولد حصته ولم يشترط على المشتري ان يسمح لإخوته بأخذ الماء منها، فقضت المحكمة بسريان اثر الشرط الذي اشترطه الأب على المشتري وإلزامه بالسماح لإخوة البائع بأخذ الماء. وقد طبقت المحكمة قاعدة (إن الانسان لا يستطيع ان ينقل إلى غيره من الحقوق أكثر مما يملك) أو (فاقد الشيء لا يعطيه) كما يعبر عنها الفقهاء المسلمون.
الالتزامات غير المحددة للشيء: إذا لم يكن الالتزام محدداً للشيء فلا ينتقل الى الخلف الخاص، كما يأتي:
١- إذا لم يكن من شأنه ان يلزم السلف باستعمال ملكه على نحو معين، ولا ان يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك. فان اتفق أصحاب محال على غلق محلاتهم يوم الأحد، فلا ينتقل هذا الالتزام الى المشتري إذا باع احدهم محله.
٢- اذا كانت شخصية السلف محل اعتبار او روعيت فيه صفة خاصة: فإذا باع شخص جزء من حصته الشائعة في عقار إلى معمار واشترط عليه تعمير الدار كلما احتاجت الدار إلى ذلك ثم باع المعمار حصته إلى أخر فان التزامه بالتعمير لا ينتقل الى المشتري، لان المفهوم ان التزامه بتعمير الدار يكون مادام شريكا فيها وإلا كان الالتزام مؤبداً وهذا لا يجوز.
الشرط الثاني - علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات:
يشترط إضافة لما تقدم علم الخلف الخاص بالحقوق والالتزامات عند انتقال الشيء إليه، والأهمية في الواقع هي للعلم بالالتزامات مادمنا بصدد الالتزامات الإرادية، لان الالتزام لا ينشأ في ذمة الانسان إلا بإرادته أو بنص القانون، أما بالنسبة للحقوق فعلم الخلف الخاص بها لا أهمية له لان القانون وضع هذا الشرط حماية لمصلحته وانتقال الحقوق إليه لا يمس هذه الحماية. والأهمية لعلم المدين بها إذا كان شخصية الدائن (السلف) محل اعتبار.
ويجب العلم اليقيني، ولا يكفي استطاعة العلم ويعتبر تسجيل الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري علماً كافياً.

المبحث الثاني
أثر العقد بالنسبة لغير المتعاقدين

لا يسري اثر العقد بحق الخلف العام والخلف الخاص والدائنون في حالات استثنائية، وهو لا يسري بحق الأجنبي تماماً عن العقد.
الفريق الاول - الخلف والدائنون في حالات استثنائية:

لا يسري اثر العقود التي يبرمها الانسان بحق خلفه ودائنه استثناءاً لاعتبارهم من الغير كجزاء من المشرع في حالات سوء النية والقصد إضراراً بالخلف والدائنين ، فالقصد السيئ يرد على أهله، وكما يأتي:

١- الخلف العام:

لما كان انتقال الحقوق إلى الخلف لا يكون إلا بعد موت السلف، فتكون التصرفات الضارة الصادرة من السلف هي تلك المضافة إلى ما بعد الموت، كما لو عمد السلف إلى الإيصاء بكل ماله لأجنبي إضراراً بورثته. إلا ان المشرع لم يجز الوصية بأكثر من الثلث فان زادت عن ذلك لم تفذ الوصية إلا في الثلث وكانوا من الغير لما زاد على الثلث. ويأخذ حكم الوصية كل تصرف فيه تبرع إذا وقع في مرض الموت، كالهبة والوقف والكفالة والإبراء والبيع الشراء إذا كان فيهما محاباة.

٢- الخلف الخاص:

لما كان الخلف الخاص يخلف سلفه في عين معينة بالذات فالإضرار به يكون عن طريق التصرف بهذه العين لأكثر من شخص، إي يكون هناك أكثر من خلف ، ويكون ذلك في صورتين:

الصورة الاولى: إذا ورد العقد في الحالتين على نقل ملكية العين، كأن باع الشيء مرتين، فضل السابق في التاريخ واعتبر من الغير بالنسبة للعقد اللاحق في التاريخ فلا ينفذ بحقه، وإذا تساوى العقدان في التاريخ فضل الخلف الذي تسلم الشيء، واعتبر من الغير بالنسبة للعقد الآخر، وإذا لم يحصل تسليم تساوى الخلفان في قوة سببهما فيرجعان على السلف بالتعويض.

الصورة الثانية: إذا انشأ العقد الاول حقاً للعين او التزاماً عليها ونقل في العقد الثاني ملكيتها، هنا تطبق الشروط التي سبق دراستها في موضوع انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف وهما شرطان، ان تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء وعلم الخلف الخاص بهذه الحقوق والالتزامات عند انتقال الشيء إليه، فإذا اختل أحد هذين الشرطين فلا يسري العقد في حق الخلف الخاص ويعتبر من الغير بالنسبة للعقد.

٣- الدائنون العاديون:

يخلف الدائنون العاديون مدينهم في حق شخصي، والذي يضمن لهم الحصول على حقوقهم إنما هي العناصر الموجة في ذمة مدينهم. ويضرهم المدين إذا عمد إلى هبة أمواله وبيعها بثمن بخس او عقد قروض صورية بحيث يزاحم الدائنون الصوريون الدائن الحقيقي فيتقاسمون وإياه أموال مدينه فلا يحصل على كل حقه، ويستطيع الدائن إقامة دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه.

الفريق الثاني - الغير الأجنبي تماماً عن العقد:

الأجنبي تماماً عن العقد، هو الذي لم يكن طرفاً فيه ولا خلفاً ولا دائناً لأحد طرفيه، فلا يسري العقد في حقه ولا يستفيد منه ولا يضار به، فلا يكتسب حقاً ولا يلتزم بالتزام.

فإذا باع شخص داره ولم يسجل عقد البيع في دائرة التسجيل العقاري فلا يستطيع الجار ان يعترض على ذلك لأنه أجنبي تماماً عن العقد. وإذا تصالح احد ورثة الدائن مع المدين فالصلح لا يسري في حق الورثة الآخرين، ويعتبرون هم أجانب بالنسبة للصلح.

استثناء:ان قاعدة عدم سريان اثر العقد بحق الغير الأجنبي تماماً ليست مطلقة، إذ ترد عليها بعض الاستثناءات وترجع لعدة اعتبارات منها:

١- اعتبارات العدالة: قد تقتضي العدالة ان يكون للغير دعوى مباشرة ضد احد التعاقدين هي دعوى احد المتعاقدين ضد الآخر.

مثلاً، للمؤجر ان يرجع على المستأجر من المستأجر (المستأجر من الباطن) بدعوى المستأجر الأول بأن يدفع له (للمؤجر) ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الاول مع ان المؤجر لم يكن طرفاً في العقد المبرم بين المستأجر الاول والمستأجر الثاني. ومن ذلك ان لمقاول من الباطن وعماله ان يرجعوا على رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول بشرط ان لا يتجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول وقت رفع الدعوى.

٢- ضرورة استقرار المعاملات قد تقضي بسريان العقد إلى شخص لم يكن طرفاً فيه، من ذلك تصرفات الوارث الظاهر، فهي ملزمة للمورث وللوارث الحقيقي مع انه لم يكن طرفاً فيها، ومن ذلك ايضاً الوفاء للدائن الظاهر يكون صحيحاً إذا تم بحسن نية.
٣- اعتبارات أخرى تقضي بسريان العقد في حق شخص لم يكن طرفاً فيه، من ذلك سريان الصلح الذي يعقده أغلبية الدائنين الذين يملكون نسبة معينة من الديون مع المدين المفلس بحق الأقلية التي لم ترض بهذا الصلح ولو لم تكن طرفاً فيه.
- الاستثناءات المتقدمة ظاهرية أكثر منها حقيقية:
ما تقدم من استثناءات غير حقيقية، لان الأثر الذي انصرف للغير لم يكن الأثر الذي قصده المتعاقدين عند التعاقد بل قضى به القانون لاعتبارات مختلفة.
ولكن هل يجوز التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير؟ أجازت القوانين الحديثة ان ينشئ المتعاقدان حقاً للغير بإرادتهما ولكنها لا تجيز لها ان ينشأ التزاماً في ذمته.

المطلب الاول
التعهد عن الغير

التعهد عن الغير، هو ان يتعهد شخص نحو آخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً يقبل القيام بعمل معين وإلا عوضه عن ذلك.
ومثال ذلك ان يتجاوز الوكيل صلاحياته ويتعهد للمتعاقد معه ان الموكل سيجيز العقد، او ان يتصالح احد ورثة المتوفي مع المدين ويتعهد له بالحصول على إقرار بقية الورثة للصلح.
شروط التعهد عن الغير:يجب لتحقق التعهد عن الغير توفر الشروط التالية:
١- ان يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير الذي تعهد عنه، وبذلك يختلف التعهد عن الغير عن كل من الوكالة والفضول.
٢- أن يقصد المتعهد إلزام نفسه لا إلزام الغير، فان قصد إلزام الغير كان العقد باطلاً لاستحالة المحل. فلا يمكن قانوناً ان يلزم الانسان من عقد لم يكن طرفاً فيه.
٣- ان يكون التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة هو الحصول على إقرار الغير للتعهد لا على بذل عناية لحمله على ذلك، فلا يعفيه من المسؤولية انه لم يدخر وسعاً في سبيل ذلك، حتى لو أساء الغير استمال حقه في القبول او الرفض، فالغير ليس ملزماً بإقرار التعهد.
التمييز بين التعهد عن الغير والكفالة
١- يضمن الكفيل تنفيذ التزام المدين بعد ان يكون قد نشأ في ذمته، أما المتعهد عن الغير فيضمن إنشاء الالتزام في ذمة الغير ولا يضمن تنفيذه.
٢- إذا دفع الكفيل الدين فانه يرجع به على المدين، في حين ان المتعهد عن الغير إذا دفع تعويضاً لعدم تنفيذ الغير للتعهد فانه لا يرجع على الغير بشيء.
حكم التعهد عن الغير: يختلف حكم التعهد عن الغير في حال إقرار الغير للتعهد عنه في حالة رفضه:
أولاً - إقرار الغير للتعهد:
إذا اقر الغير التعهد نشأ عقد جديد بين من تعاقد مع المتعهد (المتعهد له) وبين الغير، الإيجاب فيه هو عقد التعهد والقبول إقرار الغير للتعهد. ويختلف العقد الجديد عن التعهد بما يأتي:
- من حيث الأطراف: هناك طرف مشترك هو المتعهد له أما الطرف الآخر فمختلف فقد كان هو المتعهد في العقد الاول والغير في العقد الثاني.
- من حيث الالتزامات: العقد الاول ينشئ في ذمة المتعهد التزاماً بتحقيق نتيجة هو الحصول على إقرار الغير للتعهد، أما محل التزام الغير فقد يكون قياماً بعمل او امتناعاً عن عمل.

- من حيث التاريخ: العقد الاول يتم عند الاتفاق بين المتعهد وبين من تعاقد معه، أما العقد الثاني فيتم عند إقرار الغير للتعهد، فليس للقبول اثر رجعي، إلا إذا تبين ان الغير قصد صراحة او ضمناً ان يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد.

ثانياً - رفض الغير للتعهد:
إذا رفض الغير إقرار التعهد تحققت مسؤولية المتعهد تجاه من تعاقد معه ويجب عليه التعويض لأنه اخل بالتزامه ، ولا يتخلص من المسؤولية إلا إذا اثبت ان رفض الغير للتعهد كان لسبب أجنبي لا يد له فيه، ولا يعتبر رفض الغير سبباً أجنبياً، لان محل التزام المتعهد إنما هو إقناع الغير،ويعتبر موت الغير وإيقاع الحجر عليه سبباً أجنبياً يعفي المتعهد من التزامه.
نتيجة: التعهد عن الغير ليس استثناء لقاعدة عدم سريان العقد بحق الغير بل تطبيق لها، فالغير لم يلتزم بالعقد الاول الذي لم يكن طرفاً فيه بل بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه.

المطلب الثاني
الاشتراط لمصلحة الغير

وهو ان يشترط احد طرفي العقد على الآخر حقاً لشخص ثالث يتلقاه عن العقد مباشرة فلا يمر في ذمة المشترط.
فالاشتراط لمصلحة الغير تصرف قانوني يتم بين شخصين ولكن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص، هم (المشترط) وهو الذي اشترط الحق على الطرف الآخر وهو (المتعهد) وهو الذي التزم بإعطاء الحق للمنتفع والشخص الثالث الذي اشترط له الحق وهو الغير ويقال له (المنتفع).
أمثلة : للاشتراط تطبيقات واسعة مثل ان يؤمن شخص على حياته لمصلحة زوجته وأولاده، فهو يشترط باسمه في عقد يبرمه لمصلحة أشخاص أجانب عن العقد فيكتسبون حقاً مباشرة من عقد التأمين. وفي عقود الامتياز والتزام المرافق العامة تمنح الحكومة احد الاشخاص احتكار تقديم خدمة او سلعة تشترط عليه شروطاً في مصلحة الجمهور، فيكسب كل فرد من الجمهور حقاً مباشراً قبل صاحب الامتياز يستطيع بمقتضاه ان يطالبه بتنفيذ الشروط التي اشترطتها الحكومة لمصلحته.
وفي عقد النقل يكتسب المرسل إليه حقاً مباشراً عن العقد المبرم بين المرسل والناقل ويستطيع مطالبة هذا الاخير بتنفيذ الشروط الواردة في عقد النقل. وكما ان يوهب شخص مبلغاً من المال لجمعية خيرية ويشترط عليها بناء مستشفى يعالج فيه الناس مجاناً.
شروط الاشتراط لمصلحة الغير:
أولاً - ان يتعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المنتفع: يجب لقيام الاشتراط لمصلحة الغير ان يتعاقد المشترط باسمه الخاص، ومعنى ذلك ان يكون المنتفع أجنبياً عن العقد، وبهذا يختلف الاشتراط عن كل من النيابة والفضول.
ثانياً - ان يشترط حقاً مباشراً للمنتفع: يجب كذلك ان يتلقى المنتفع الحق مباشرة عن العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، فإذا لم يتلقه عن العقد بل عن المشترط فلا نكون أمام اشتراط لمصلحة الغير، فإذا استأجر رب أسرة داراً فأفراد الأسرة يستفيدون من عقد الإيجار.
ثالثاً - ان تكون للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزامات التي اشترطها: وبهذا يختلف الاشتراط عن الفضول، فالفضولي يجب ان لا تكون له مصلحة من وراء قيامه بالعمل لمصلحة رب العمل. والمصلحة يمكن ان تكون مادية او أدبية تقوم على القرابة او العاطفة او الإحسان، كالاشتراط لمصلحة الزوجة والأولاد والفقراء او العلماء.
أحكام الاشتراط لمصلحة الغير: تنشأ عن الاشتراط لمصحة الغير ثلاث علاقات هي كما يأتي:

اولاً- العلاقة بين المشترط والمتعهد: يحكم هذه العلاقة العقد المبرم بينهما او العمل القانوني الصادر من المشترط (الوصية)، فإذا كان العقد ملزماً للجانبين،كعقد التأمين مثلاً، طبقنا القواعد العامة في هذا العقد، وكان لكل من المشترط والمتعهد ان يطالب الآخر بتنفيذ التزامه.

ثانياً - العلاقة بين المشترط والمنتفع: لا تظهر العلاقة بين المشترط والمنتفع في عقد الاشتراط، لكن لا يخلو الأمر ان يكون المشترط قد اشترط الحق للمنتفع على سبيل المعاوضة او على سبيل التبرع.

فإذا كان المشترط متبرعاً للمنتفع طبقنا أحكام الهبة وهي هبة غير مباشرة، فتشترط الأهلية الكاملة في المشترط وله الرجوع في الهبة. وإذا لم يقصد المشترط التبرع للمنتفع فهو إما ان يقصد الوفاء بدين له او إقراضه.

ثالثاً - العلاقة بين المتعهد والمنتفع: علاقة المتعهد بالمنتفع من أهم العلاقات التي تنشأ عن العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، ففيها يظهر بوضوح الخروج على قاعدة عدم سريان اثر العقد إلى غير المتعاقدين. فالغير وهو المنتفع، يكتسب حقاً شخصياً مباشرة قبل المتعهد من عقد لم يكن طرفاً فيه.

القواعد التي تحكم علاقة المتعهد بالمنتفع: تحكم علاقة المتعهد بالمنتفع القواعد الثلاث التالية:

القاعدة الاولى: يكتسب المنتفع الحق قبل المتعهد عن العقد مباشرة. ويترتب على ذلك النتائج التالية:

١- **الدفوع:** يستطيع المتعهد ان يدفع تجاه المنتفع بالدفوع التي يستطيع ان يدفع بها تجاه المشترط، كبطلان اعقد وعدم تنفيذ المشترط لالتزاماته ووجود عيب في رضاء المتعهد،... الخ

٢- **تاريخ ثبوت الحق:** يثبت حق المنتفع من حين إبرام العقد بين المشترط والمتعهد لا من حين إظهاره رغبته في الاستفادة من الاشتراط. يترتب على ذلك ان المشترط إذا فقد أهليته بعد إبرام العقد فإن ذلك لا يمنع المنتفع من إعلان رغبته والاستفادة من الحق.

٣- **مدى الحقوق:** يحدد العقد المبرم بين المشترط والمتعهد مدى حق المنتفع في مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه.

القاعدة الثانية: لا يمر حق المنتفع في ذمة المشترط. ويترتب على ذلك النتائج التالية:

١- **لا يدخل حق المنتفع في الضمان العام لدائني المشترط الذي هو ذمته المالية.** فلا يستطيع دائنو المشترط الحجز على حق المنتفع.

٢- **لا يتلقى المنتفع الحق عن طريق الإرث، فلا يدخل هذا الحق في تركة المشترط.** ويترتب على ذلك انه ليس لدائني المشترط طلب إدخال حق المنتفع في التركة تطبيقاً لقاعدة (لا تركة إلا بعد سداد الديون).

فإذا امن شخص على حياته لمصلحة أولاده ثم مات فالأولاد لا يتلقون الحق من أبيهم عن طريق الإرث، بل هو حقهم المباشر تجاه شركة التأمين فيأخذون الحق خالصاً لهم ولا يدفعون شيئاً للوفاء بديون أبيهم، وينقسم الحق بالتساوي لا بحسب حصصهم الإرثية. كما أنهم لا يدفعون ضريبة التركات على المبلغ الذي يتلقونه.

القاعدة الثالثة: المنتفع ليس طرفاً في العقد الذي يستمد منه الحق. ويترتب على ذلك النتائج التالية:

١- **إظهار الرغبة:** على المنتفع إظهار رغبته في الاستفادة من الحق الذي اشترطه المشترط، لئلا يثبت له حق دون رضاه، ولا حاجة لإظهار الرغبة إذا كان الاشتراط موجه لمصلحة الجمهور. وإذا كان المنتفع صغيراً او محجوراً قام وليه او وصيه بإظهار الرغبة وفق مصلحة الصغير. وإذا رفض المنتفع الحق انصرف الحق إلى المشترط إذا كان حياً وإلى ورثته حين الوفاة، لا حين الرفض إذا كان ميتاً.

٢- **النقض:** حق المنتفع قابل للنقض قبل ان يعلن رغبته في الاستفادة مادام ليس طرفاً في العقد الذي يستمد منه الحق. إلا ان حقه يكون غير قابل للنقض بوفاة المشترط.

الأساس القانوني لحق المنتفع:

بالنظر لشذوذ الاشتراط لمصلحة الغير عن القاعد العامة في التعاقد فقد وضع الفقهاء عدة نظريات في تحديد الأساس القانوني لحق المنتفع، وفيما يلي موجز عن أهمها:

١- **نظرية الإيجاب او العقد الجديد:** وترى ان المنتفع يستمد حقه من عقد جديد الإيجاب فيه هو عقد الاشتراط والقبول هو إظهار المنتفع رغبته في الاستفادة من الحق. وتنتقد بأنها تؤدي إلى نتائج غير مقبولة:

أ ـ بموجبها فان حق المنتفع لا يثبت من حين العقد بل من حين إعلان رغبته.
ب ـ وان المنتفع لا يستطيع إعلان رغبته بعد موت المشترط لسقوط الإيجاب بموته.
٢ـ نظرية الفضول: وترى ان مصدر حق المنتفع هو الفضول، فالمشترط إنما يقوم بدور الفضولي، والمنتفع بإعلانه رغبته يقر عمل الفضولي الى وقت ابرم العقد تطبيقاً لقاعدة الإجازة اللاحقة بحكم الوكالة السابقة.
وتنتقد انها تؤدي الى نتائج مختلفة عما رأيناه في الاشتراط، كما يأتي:
أ ـ فالفضولي لا يتعاقد باسمه ، في حين ان المشترط يتعاقد باسمه.
ب ـ الفضولي يجب ان لا تكون له مصلحة في حين ان المشترط يجب تكون له مصلحة من وراء اشتراطه.
نظرية الحوالة:وترى ان المشترط قد كسب الحق أولاً ثم حوله إلى المنتفع، ويؤخذ عليها ان حق المنتفع يمر في ذمة المشترط قبل ان يستقر في ذمة المنتفع، وما يترتب على ذلك من نتائج.
٤ـ نظرية الإرادة المنفردة: وترى ان حق المنتفع هو الإرادة المنفردة للمتعهد المستندة إلى العقد المبرم بينه وبين المشترط. ويرد عليها:
أـ ان الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا إذا نص عليها القانون، ولم ينص على الاشتراط في هذا الباب.
ب ـ لا تفسر حق المشترط في نقض حق المنتفع قبل إعلان رغبة الاخير.
ج ـ لا تفسر حق المتعهد تجاه المنتفع بالتمسك بالدفوع التي يستطيع التمسك بها تجاه المشترط.
٥ـ النظرية الحديثة (العقد شريعة المتعاقدين):عيب النظريات المتقدمة انها تمسكت بشكليات القانون الروماني ولقاعدة الموروثة منه والقاضية بان اثر العقود يقتصر على عاقديها ولا يستفيد منها من لم يكن طرفاً فيها. أما الآن وقد أصبح الأصل في العقود إنها رضائية فيمكننا القول ان حق المنتفع ينشأ عن الاشتراط مباشرة استثناءاً من القاعدة القاضية بان اثر العقود يقتصر على عاقديها تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة. فالمتعاقدان أرادا ذلك فجب الامتثال لإرادتهما ما دامت لا تخالف النظام العام والآداب. وهذا ما يقول به الفقهاء المسلمون استناداً إلى الحديث الشريف (المؤمنون عند شروطهم....).

الفرع الثاني

أثر العقد من حيث المضمون

قاعدة:لا يلزم المتعاقد إلا بما تضمنه العقد ولا يلزم بغير ذلك.

تحديد نطاق العقد

تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وبيان كيفية تنفيذه:
أشارت الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) مدني عراقي إلى العوامل التي يستعين بها القاضي في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وهي:
١ـ القانون: ويقصد بالقانون هنا النصوص المكملة المفسرة لإرادة المتعاقدين لا النصوص الآمرة، فإذا لم ينص المتعاقدان على جميع الأمور وتركا بعض المسائل التفصيلية فيفترض أنهما تركا ذلك إلى النصوص القانونية المكملة والمفسرة المتعلقة بتلك المسائل التي تكمل إرادتهما وتحدد نطاق العقد.
٢ـ العرف: ويحدد العرف غالباً نطاق العقد وما يعتبر من مستلزماته ويضاف إلى الشروط المألوفة التي جرى العرف على إدراجها في العقد واصبحت معلومة للمتعاقدين ولو لم تدرج فيه. مثال ذلك العرف الجاري فيبعض البلدان من إضافة نسبة مئوية تعرف بالخدمة إلى قائمة الحساب في المقاهي والمطاعم.
٣ـ العدالة: كثير من الأمور التي تقضي بها العدالة نص عليها القانون، من ذلك ان التاجر الذي يبيع متجره يجب عليه ان لا ينافس المشتري بفتح متجر آخر قريب منه.
٤ـ طبيعة المعاملة:تحدد طبيعة الالتزام أيضاً ما يعتبر من مستلزمات العقد، فإذا باع شخص داراً فيجب عليه تسليم المشتري مفاتيح كل أبواب العقار، وإذا باع شخص سيارة فعليه ان يسلم معها الأدوات اللازمة لتشغيلها مع المستمسكات المتعلقة بها. ويعبر الفقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم (ما يدخل في البيع من غير ذكر).

التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقاً لما يشتمل عليه

العقد شريعة المتعاقدين: يقصد بذلك ان على كل من المتعاقدين تنفيذ التزامه بحسن نية وبطريقة تتفق مع الثقة بين الناس، ولا يجوز لأحدهما الرجوع عن العقد ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي بينهما وان لا يتعسف احدهما في استعمال حقه عند تنفيذ العقد. وهذا ما عبر عنه الحديث الشريف (المؤمنون عند شروطهم..).

استثناء: خرج المشرع على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين مرتين. الاولى في عقود الإذعان كما مر بنا والثانية في الظروف الطارئة، وكما يأتي:

نظرية الظروف الطارئة

ويقصد بها: انه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد المستمر التنفيذ او الفوري المؤجل التنفيذ، ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة عند التعاقد وأدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي بشكل خطير وكان من شأنها ان تهدد المدين بخسارة فادحة غير مألوفة جاز للمحكمة ان تنقص التزام المدين إلى الحد المعقول الذي تقتضيه العدالة.

التمييز بين كل من الإذعان والاستغلال من جهة وبين الظروف الطارئة:

- يقوم الإذعان والاستغلال في مرحلة تكوين العقد بينما تقوم الظروف الطارئة عند تنفيذ العقد.
- يتفقون جميعاً في ان الجزاء المفروض هو إعادة التوازن الاقتصادي المختل، ولكن يختلفون في الوسيلة والمقدار ففي الأولين يعاد التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي، وكجزاء لاستغلاله يرفع كل غبن أصاب المتعاقد الضعيف، أما نظرية الظروف الطارئة فتعيده عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف ولكن لما كان اختلال التوازن هنا هو نتيجة ظروف لا يد للمتعاقدين فيها فالتبعة توزع بينهما وذلك إما بالزيادة في التزامات الدائن أو بإنقاص التزامات المدين.

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: لتطبيق هذه النظرية يجب ان تتوفر أربعة شروط هي:

١- ان يكون العقد مستمر التنفيذ او فوري مؤجل التنفيذ، ففيهما يمكن ان تطرأ حوادث غير متوقعة عند إبرام العقد.

٢- ان تطرأ أثناء تنفيذ العقد حوادث استثنائية عامة،ويقصد بالعموم ان تقوم حرب او تمرد او فيضان او هجوم الجراد، أما إذا كانت الظروف خاصة بالمدين كمرضه او إفلاسه فلا يعتبر ظرفاً عاماً طارئاً.

٣- ان تكون هذه الظروف والحوادث الاستثنائية غير متوقعة عند إبرام العقد وان تكون مما لا يستطاع دفعها.

٤- ان تجعل هذه الظروف الطارئة التزام المدين مرهقاً لا مستحيلاً، وبهذا يختلف الظرف الطارئ عن القوة القاهرة فكلاهما لا يستطاع دفعه ولا يمكن توقعه، ويختلفان في ان الاول يجعل من التزام المدين مرهقاً فيبقى التزامه بينما تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضي بذلك التزامه.

معيار الإرهاق: معيار الإرهاق معيار موضوعي ينظر فيه إلى الصفقة لا إلى شخص المدين ومقدار ثروته، فلو تعهد شخص بتوريد أطعمة وكانت عنده منها كميات كبيرة ثم ارتفع سعرها بشكل فاحش يصبح تنفيذ التزامه مرهقاً لأنه لو لم تكن عنده هذه الكميات لاضطر لشرائها من السوق.

حكم توفر الشروط المتقدمة: إذا توفرت الشروط المتقدمة فللمحكمة ان ترفع الإرهاق عن المدين، بان تنقص الالتزام إلى الحد المعقول.

كيف ترفع المحكمة الإرهاق عن المدين: ترفع المحكمة الإرهاق عن المدينإما بزيادة التزامات الدائن وذلك بزيادة السعر مثلاً أو بإنقاص التزامات المدين وذلك بإنقاص الكمية التي تعهد بتوريدها مثلاً.

المبحث الثاني
المسؤوليــة التعاقديــة

متى تتحقق المسؤولية التعاقدية: وذلك في الأحوال التالية

١- إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه الذي انشأه عليه العقد ولم يمكن إجباره على تنفيذه.

٢- إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بخطئه. ٣- إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.
والمسؤولية التي تتحقق في هذه الحالة تسمى المسؤولية التعاقدية لأنها ناشئة عن إخلال بالتزام مصدره العقد وهي تقابل المسؤولية التقصيرية التي تنشأ عن الإضرار بالغير.

أركـان المسؤوليـة العقديـة

للمسؤولية العقدية أركان ثلاثة هي خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما .

المطلب الاول

الخطـــأ

متى يعتبر المدين مخطئاً:
يعتبر المدين مخطئاً إذا لم يقم بتنفيذ التزامه فتنهض مسؤوليته العقدية مما يتوجب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر، سواء كان عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد او عن إهمال وتقصير.
ولكن متى يعتبر المدين غير قائم بتنفيذ التزامه؟ للإجابة عن هذا السؤال يجب التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية.
١- في الالتزام بتحقيق نتيجة (غاية): يعتبر المدين مخلاً بتنفيذ التزامه إذا لم يحقق النتيجة التي التزم بتحقيقها. فالتزام البائع هو التزام بتحقيق نتيجة هي تسليم المبيع إلى المشتري، فإذا لم يقم بذلك يعتبر مخلاً بالتزامه وتحققت مسؤوليته التعاقدية، وكذلك إذا كان محل التزام المدين الامتناع عن القيام بعمل وقام به.
٢- في الالتزام ببذل عناية: يعتبر المدين قد أخل بالتزامه إذا لم يبذل في تنفيذه العناية المطلوبة.
كالطبيب الذي يلتزم بمعالجة المريض فإذا لم يبذل العناية اللازمة في معالجة المريض يعتبر مخلاً بتنفيذ التزامه وتحققت مسؤوليته العقدية، وكذلك الأمر بالنسبة للمحامي إذا لم يبذل العناية اللازمة للسير في الدعوى.
مقدار العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية: على المدين ان يبذل في تنفيذ التزامه العناية التي يبذلها الرجل المتوسط أو المعتاد، فإذا بذل هذا القدر من العناية فانه يكون قد وفى بالتزامه ولو لم تتحقق النتيجة المطلوبة، ولكن قد ينص القانون على خلافه، كأن يوجب على المدين ان يبذل أكثر من العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة.
فذا كانت الوكالة بلا اجر فلا يطلب من الوكيل ان يبذل من العناية أكثر مما يبذله في شؤونه الخاصة.
نظرية تدرج الخطأ: كان فقهاء القانون الفرنسي القديم يقسمون الخطأ العقدي إلى ثلاث درجات، كما يأتي:
الخطأ الجسيم: هو الخطأ الذي لا يرتكبه أشد الناس إهمالا وهو اقرب إلى العمد ويلحق به.
والخطأ اليسير: وهو الخطأ الذي لا يرتكبه المتوسط او المعتاد من الناس.
والخطأ التافه: وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحازم الحريص في أموره.
وكان هؤلاء الفقهاء يقسمون العقود تبعاً لذلك إلى طوائف ثلاث:
- عقد يعقد لمصلحة الدائن كالوديعة وفيه يسأل المدين عن خطئه الجسيم فقط.
- عقد يعقد لمصلحة كلا المتعاقدين، كما في عقود المعاوضة، وفيه يسأل المدين عن خطئه اليسير.
- عقد يعقد لمصلحة المدين وحده، كالعارية، وفيه يسأل المدين عن خطئه التافه.

وجاء في المادة (١٧٠) مدني عراقي من انه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض ألاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأً جسيماً).
إثبات الخطأ: القاعدة العامة في الإثبات ان البينة على المدعي، ولما كان الدائن هو المدعي فعليه يقع عبأ إثبات عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه فان أثبت ذلك فالقانون يفترض خطأ المدين ، ولكنه افتراض غير قاطع ، فيستطيع المدين ان يتخلص من المسؤولية بأن يثبت ان عدم تنفيذه لالتزامه لا يعود لخطئه بل لسبب أجنبي لا يد له فيه.

المسؤولية عن فعل الغير: قد يسأل الشخص مسؤولية عقدية عن فعل غيره إذا استخدم أشخاصا في تنفيذ التزامه. كالمقاول الذي يستخدم عمالاً في إقامة البناء الذي التزم بإقامته، فيكون مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الضرر الذي يحدثه هؤلاء العمال.

المطلب الثاني

الضـــرر

لا مسؤولية حيث لا ضرر: تدور المسؤولية المدنية، عقدية كانت أم تقصيرية، مع الضرر وجوداً وعدماً وشدة وضعفاً، فلا مسؤولية حيث لا ضرر. وعبأ إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن لأنه هو الذي يدعيه، فلا يكفي تحقق إخلال المدين بالتزامه للقول بوقوع الضرر، فقد لا يترتب على ذلك إي ضرر للدائن.

استثناء: أعفى القانون الدائن من إثبات الضرر في حالة إذا كان محل التزام المدين دفع مبلغ من النقود،فيلتزم المدين بدفع فوائد عن المدة التي تأخر فيها في الدفع تعرف بالفوائد التأخيرية.

الضرر المادي والأدبي: الضرر أما مادي يصيب الانسان في ماله او جسمه او في عناصر ذمته المالية، او أدبي يصيبه في شعوره وعاطفته، كما لو اخطأ الطبيب في علاج مطرب فتسبب بفقدان صوته فيكون قد احدث له ضرراً ماديا ومعنوياً في شعوره وعواطفه لعدم تمكنه من الغناء بقية حياته. ولم يأخذ القانون المدني العراقي بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية واخذ به في المسؤولية التقصيرية.

نوع الضرر: الضرر المادي أما ان يكون مباشراً او غير مباشر والضرر المباشر أما متوقعاً او غير متوقع.

والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه لم يكن بإمكان الدائن تجنبه ببذل جهد معقول.

ولا يسأل المدين عن الضرر غير المباشر في المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية.

وفي المسؤولية العقدية يسأل المدين عن الضرر المباشر المتوقع، إلا إذا ارتكب غشاً او خطأ جسيماً فيسأل عندئذ عن الضر المباشر كله متوقعاً كان او غير متوقع.

التمييز بين الضرر المتوقع وغير المتوقع: مثال ذلك ان يتفق مزارع مع ناقل لنقل محصولاته إلى المدينة بأجر معين، فلا ينفذ الناقل التزامه فيضطر المزارع بعد الانتظار والتأخير إلى الاتفاق مع ناقل آخر بأجر أعلى، وعند وصوله للمدينة متاخراً كانت أسعار المحصولات قد هبطت فلحقت بالمزارع خسارة، والضرر المباشر المتوقع هو الفرق بين الأجرتين وهو ما يسأل عنه الناقل الاول، أما الضرر المباشر غير المتوقع فهو الخسارة بسبب هبوط الأسعار فلا يسأل عنه الناقل الاول إلا إذا ارتكب غشاً او خطأً جسيماً لان مسؤوليته في هذه الحالة تلحق بالمسؤولية التقصيرية.

ضرورة توقع الضرر وقت إبرام العقد: يجب للحكم على المدين بالتعويض عن الضرر ان يكون قد توقع الضرر عند إبرام العقد فان لم يتوقعه عند التعاقد وتوقعه بعد ذلك فلا يكون مسؤولاً. ومعيار توقع الضرر هو معيار موضوعي مجرد هو معيار الشخص المعتاد إذا وجد في نفس الظروف التي تم فيها التعاقد، إي ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل او كسب يفوت.

المطلب الثاني

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

يقصد بالعلاقة السببية في هذا المقام ان يكون الضرر ناشئاً بسبب خطأ المدين، إي ان تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فان انقطعت علاقة السببية فلا تتقرر مسؤولية المدين. وهي تنقطع إذا تدخل سبب أجنبي بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن، كالقوة القاهرة او الحادث المفاجئ او خطأ الدائن نفسه او خطأ الغير.

فلو حضر الناقل في مثالنا السابق في الموعد المحدد ووجد ان المزارع لم يحصد محصوله بعد فتركه ورحل او ان فيضاناً قطع عليه طريق الوصول فلا مسؤولية عليه ولو اضطر المزارع إلى استئجار سيارة أخرى باجر أعلى.

والواقع ان السبب الأجنبي هنا قد نفى عن عدم التنفيذ صفة الخطأ فلا تتقرر مسؤولية المدين لان احد أركان هذه المسؤولية يكون قد تخلف. وعبأ إثبات انقطاع العلاقة السببية على عاتق المدين، فهو الذي يدعي ذلك فعليه إثباته.

المطلب الرابع

تعديل احكم المسؤولية العقدية

أحكام المسؤولية العقدية ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها إذا كان التعديل في حدود النظام العام والآداب، والتعديل أما ان يكون بشرط المدين يخفف به مسؤوليته او من الدائن يشدد به مسؤولية المدين.

أولاً ـ الاتفاق على التخفيف من المسؤولية: يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن عدم تنفيذه لالتزامه سواء أكان ذلك راجعاً إلى خطئه او إلى خطأ الاشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه. من ذلك ان البائع ضامن للعيوب الخفية في المبيع ولكن له ان يشترط عدم ضمانه لهذه العيوب.

إلا انه لا يجوز للمدين إعفاء نفسه من مسؤولية الغش والخطأ الجسيم لان مسؤوليته في هذه الحالة تلحق بالمسؤولية التقصيرية ، كما لو تعمد البائع إخفاء العيوب واشترط البراءة منها، وفي هذه الحالة فان الشرط باطل والعقد صحيح، فيبقى ضامناً لها.

ثانياً ـ الاتفاق على التشديد من المسؤولية: يجوز للدائن ان يشترط التشديد من مسؤولية المدين فيجعه مسؤولاً حتى عن خطئه التافه، بل حتى عن السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، وفي هذه الحالة يقوم المدين بدور المؤمن لمصلحة الدائن.

كما لو اتفق شخص مع شركة نقل لنقل أثاثه واشترط عليها ان تكون مسؤولة عن التلف ولو كان بسبب أجنبي، فتكون الشركة ضامنة لقيمة البضاعة حتى لو حرقتها صاعقة، وهذا ما يحصل عادة عند التأمين على البضاعة.

الفصل الثالث

إنحلال العقــــد

تنفيذ العقد هو الطريق الطبيعي لزوال الرابطة العقدية، ولكن قد تطرأ أمور تؤدي إلى زوال العقد قبل تنفيذه، وزوال اثر العقد من حين إبرامه يكون في العقود الفورية التنفيذ ويقال له (الفسخ)،وزوال أثره بالنسبة إلى المستقبل فقط يكون في العقود المستمرة ويقال له (إنهاء) او (إلغاء).

الإلغاء بالإرادة المنفردة: قد يكون لأحد المتعاقدين او كلاهما ان يستقل بإلغاء العقد، وأما ان يرجع ذلك لطبيعة العقد كما في الوكالة والوديعة والعارية وهذه العقود يقال لها في الفقه الإسلامي (غير لازمة من الجانبين) ، او لوجود خيار من الخيارات كشرط التجربة وخيار الرؤيا وغيرها. وندرس كلاً من الفسخ والإقالة.

الفرع الاول

فسخ العقــد

ينشئ العقد الملزم لجانبين التزامات متقابلة على عاتق طرفيه فيصبح كل منهما دائنا للآخر ومدينا له، كما ينشئ العقد في نفس الوقت ارتباطاً بين هذه الالتزامات، فإذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه جاز للآخر ان لم يطلب التنفيذ العيني ان يطلب فسخ العقد وحل الرابطة الناشئة عن العقد.

الأساس الذي يقوم عليه حق الفسخ: لم يكن القانون الروماني يعترف بحق الفسخ، وعلل القانون الفرنسي حق الفسخ بوجود شرط فاسخ ضمني في العقود الملزمة لجانبين يعطي كلا المتعاقدين الحق بفسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه. ولا يؤيد الفقه الحديث ذلك، فذهب أنصار النظرية التقليدية إلى ان السبب هو أساس حق الفسخ فعدم التزام احد الطرفين يفوت على المتعاقد الآخر الغرض الذي قصده من العقد. بينما أقام خصوم السبب هذا الحق على أساس فكرة الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة لجانبين فيبدوا أمراً عادلاً إذا لم ينفذ احد الطرفين التزامه ان يوقف الطرف الأخر تنفيذ التزامه بالدفع بعدم التنفيذ او التحلل من العقد نهائياً وهذا هو الفسخ.

المبحث الاول
شروط الفسخ

هناك شروط ثلاثة يجب توفرها لإمكان طلب الفسخ وهي:
١ـ ان يكون العقد من العقود الملزمة لجانبين. ٢ـ ان لا يقوم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه.
٣ـ ان يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد.

الشرط الاول ـ عقد ملزم للجانبين: لابد لإمكان طلب الفسخ ان يكون العقد ملزماً للجانبين لأنه ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفي العقد، وإخلال احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه هو الذي يبرر طلب فسخ العقد. ولذلك لا يتصور الفسخ في العقود الملزمة لجانب واحد، فاحدهما مدين غير دائن ولا يوجد التزام على عاتق دائنه يبرر طلبه الفسخ، والطرف الآخر دائن غير مدين ولا مصلحة له في طلب الفسخ بل مصلحته في إجبار المدين على التنفيذ، ففي الكفالة وهي عقد ملزم جاب واحد فأن الكفيل لا يستطيع طلب الفسخ لان المكفول له غير ملتزم تجاهه بشيء والمكفول له لا مصلحة له في الفسخ بل مطالبة الكفيل بتنفيذ التزامه وله إبرائه من الكفالة..

الشرط الثاني ـ عدم قيام احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه: إن مما يخالف طبيعة العقود الملزمة لجانبين وعقود المعاوضة بقاء احد المتعاقدين ملزماً بتنفيذ التزامه مع عدم قيام الآخر بتنفيذ التزامه وعدم التنفيذ هذا هو ما يبرر طلب الفسخ ويجعله مقبولاً إمام القضاء. ولكن ينبغي ملاحظة ان ما يبرر طلب الفسخ هو عدم التنفيذ الناشئ عن خطأ المدين، أما إذا كان عدم التنفيذ راجعاً لسبب أجنبي لا يد له فيه فالعقد ينفسخ بحكم القانون.

الشرط الثالث ـ ان يكون طالب الفسخ مستعداً لتنفيذ التزامه وقادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد: فإذا كان طالب الفسخ غير منفذ لالتزامه فلا يستطيع طلب الفسخ لعدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه لان هذا المتعاقد يستطيع ان يدفع تجاهه بالدفع بعدم التنفيذ. ويجب أيضا ان يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد فهذا هو الأثر المترتب على الفسخ، فان كان قد تسلم شئ بموجب العقد فيجب ان يكون قادراً على رده فان لم يستطع فلا يجاب إلى طلبه. فان كان قد باعه مثلاً فانه لا يستطيع انتزاعه من المشتري لأنه ملزم تجاهه بالضمان، فالأصل في هذا الباب أن (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض).

المبحث الثاني
أنواع الفسخ

الفسخ أما ان يتم بحكم القضاء او بحكم الاتفاق او بحكم القانون.

أولاً: الفسخ بحكم القضاء

الأصل ان يتم الفسخ بحكم قضائي كما هي القاعدة العامة بالنسبة لجميع المنازعات بين الأفراد، ولكن لا بد قبل ذلك من تنبيه الدائن للمدين بضرورة تنفيذ التزامه وإلا فانه سيطلب الفسخ. وتنبيه يكون بإعذاره، والإعذار بإنذاره بواسطة الكاتب العدل، ولا حاجة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

وللدائن الخيار بين طلب فسخ العقد وبين طلب إجبار مدينه على تنفيذ التزامه. فان أقام الدعوى طالباً الفسخ فله ان يعدل إلى طلب التنفيذ وذلك قبل صدور الحكم، وكذلك الأمر إذا طلب التنفيذ فله ان يعدل إلى طلب الفسخ.

ويستطيع المدين ان يتجنب الحكم عليه بالفسخ إذا بادر إلى تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم بالفسخ، وقد تحكم عليه المحكمة في هذه الحالة بالتعويض لتأخره في التنفيذ إذا طلب الدائن ذلك وكان هناك ضرر.

سلطة المحكمة التقديرية: القاضي غير ملزم بالحكم بالفسخ إذا طلب منه ذلك، فهو يتمتع بسلطة تقديرية ويستوحي قراره من الظروف المحيطة بالقضية فقد يقضي به إذا اقتنع بوجود ما يبرره كأن وجد المدين سيء النية ومهملاً في تنفيذ التزامه إهمالاً واضحاً بالرغم من إعذار الدائن له، وقد يرفض الحكم به ويمنح المدين نظرة الميسرة إذا وجد ان المدين حسن النية وان ظروفاً خارجة عن إرادته منعته من التنفيذ او ان ما لم ينفذه قليل الأهمية بالنسبة للإلتزام في جملته.

وعلى المدين ان ينفذ التزامه خلال المدة المنوحة له من المحكمة، ولا يوجد مانع من منحه نظرة ميسرة مرة أخرى إذا لم يستطيع التنفيذ وكانت الظروف التي بررت منحه نظرة الميسرة لا تزال قائمة.

المطلب الثاني
الفسخ بحكم الاتفاق

قد يتوقع المتعاقدان عند إبرام العقد عدم قيام احدهما بتنفيذ التزامه فيتفقان على انه إذا لم يقم احدها بتنفيذ التزامه فالعقد يعتبر مفسوخاً، وذا الشرط قابل للتدرج وكما يأتي:

الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً :

اتفاق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم احدهما بتنفيذ التزامه، فالغالب في مثل هذا الشرط ان يراد به تأكيد القاعدة العامة في الفسخ لعدم التنفيذ ويصعب الجزم بأنهما أرادا تعميم الفسخ، وعليه مثل هذا الشرط لا يغني عن الإعذار ولا عن اللجوء لقضاء لطلب الفسخ فضلاً عن انه لا يسلب القاضي سلطته التقديرية فقد يحكم به او يمنح المدين أجلاً، والحكم بالفسخ يعتبر منشئاً للفسخ لا كاشفاً له.

الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه:

اشتراط المتعاقدان مثل هذا الشرط لا يغني عن الإعذار ولا عن رفع الدعوى ولكنه يسلب القاضي سلطته التقديرية، فلا يملك إلا الحكم بالفسخ، ولكن الشرط لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ إذا شاء. والحكم بالفسخ يكون منشئاً للفسخ لا كاشفاً له كما في الحالة السابقة.

الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم:

اشتراط المتعاقدان مثل هذا الشرط يعني انه إذا اخل المدين بالتزامه فلا حاجة لرفع الدعوى لفسخ العقد ولا لحكم ينشئ الفسخ إلا إذا نازع المدين الدائن وادعى انه نفذ التزامه فعندها يجب رفع الدعوى ليقتصر حكم الفسخ على تقرير فيما إذا نفذ المدين التزامه أم انه لم ينفذه فيحكم بالفسخ، ويكون الحكم كاشفاً للفسخ لا منشئاً له، ومثل هذا الشرط لا يغني عن الإعذار ولا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ إذا شاء.

الاتفاق على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا إعذار:

ومثل هذا الشرط هو أقصى ما يصل إليه المتعاقدان، يعني انه إذا اخل المدين بالتزامه فلا حاجة للإعذار ولا لرفع الدعوى لفسخ العقد ولا لحكم ينشئ الفسخ إلا إذا نازع المدين الدائن وادعى انه نفذ التزامه فعندها يجب رفع الدعوى ليقتصر حكم الفسخ على تقرير فيما إذا نفذ المدين التزامه فيحكم ببقاء العقد أم انه لم ينفذه وان شروط الفسخ متوفرة فيحكم بالفسخ، ويكون الحكم كاشفاً للفسخ لا منشئاً له، ومثل هذا الشرط لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ بدل الفسخ وإلا كان معناه وضعه تحت رحمة المدين فمتى اراد ان يفسخ العقد فما عليه إلا ان يمتنع عن تنفيذ التزامه فينفسخ العقد، وهذا ما لا يمكن قبوله.

المطلب الثالث
الفسخ بحكم القانون (الانفساخ)

إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون، ولا حاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، إلا إذا حدث نزاع حول وقوع الاستحالة لسبب أجنبي، ولا يلزم في هذه الحالة بأي تعويض، وإذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين فالعقد لا ينفسخ بل يتأكد ويلزم بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه.

وهنا يثور التساؤل لمعرفة من يتحمل تبعة الاستحالة إذا كانت لسبب أجنبي: الدائن أم المدين؟ للإجابة على هذا السؤال يمكن وضع القاعدتين التاليتين:

القاعدة الاولى: إذا استحال على المتعاقد في عقود المعاوضة تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعة هذه الاستحالة.

وسواء كان محل التزام المتعاقد قياماً بعمل أو تسليم شيء. فإذا التزم ناقل بنقل بضاعة واستحال عليه نقلها فهو الذي يتحمل تبعة ذلك إي لا يستحق الأجر المتفق عليه، والمبيع إذا هلك وهو في يد البائع هلك عليه ولا يلزم المشتري بدفع الثمن.

القاعدة الثانية: إذا كانت يد الشخص على الشئ يد أمانة وهلك الشيء في يده قضاءاً وقدراً، إي بدون تعد او تقصير منه، فهو غير ضامن، إي لا يتحمل تبعة الهلاك. فالمستأجر والوديع والمستعير يدهم على الشيء يد أمانة، فإذا هلك الشيء المؤجر او المودع او المستعار فهم غير ضامنين، إي لا يتحملون تبعة الهلاك.

وبالعكس إذا كانت يد الشخص يد ضمان، كالغاصب، وهلك الشيء بيده ولو قضاءاً وقدراً فهو ضامن.

المبحث الثالث

آثار الفسخ

زوال حكم العقد بأثر رجعي: الأثر الذي يترتب على فسخ العقد هو زوال حكم العقد بأثر رجعي إلى حين إبرامه واعتباره كأن لم يكن ووجوب رد ما قبض قبل الفسخ، سواء كان الفسخ إتفاقياً او قضائياً او بحكم القانون، وهو ما يترتب على نقض العقد الموقوف أيضاً. ويسري هذا الحكم على المتعاقدين وعلى الغير، وكما يأتي:

أولاً: اثر الفسخ بين المتعاقدين

يترتب على الفسخ وجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد. فمن قبض شيئاً عليه رده، ومن لم ينفذ التزامه لا يجبر على تنفيذه. فإذا فسخ عقد البيع مثلاً يرد البائع الثمن ويرد المشتري المبيع.

ما هو حكم الثمرات التي ينتجها الشيء قبل رده: يميز القانون بين القابض الحسن النية والقابض السيئ النية.

القابض حسن النية، وهو القابض الذي كان يجهل عند القبض أنه إنما قبض شيئاً غير مستحق له، ومن ثم يتملك ما يقبضه من الثمرات والزوائد التي أنتجها الشئ وما يستوفيه من منافع مدة حيازته.

القابض سيء النية، وهو القابض الذي يعلم ،عند القبض، انه يقبض شيئاً غير مستحق له، ومن ثم يتوجب عليه ان يرد الزوائد والثمرات التي أنتجها الشئ قبل رده (إي قبل الفسخ)، فان كان المبيع أشجاراً مثلاً وقطف ثمارها فعليه ان يردها او يرد قيمتها إذا استهلكها او كانت قد هلكت. والبائع إذا قبض الثمن فعليه ان يرده مع فوائده من حين المطالبة القضائية. وأساس الرد هو الكسب دون السبب فإذا فسخ العقد فلا يبقى سبب لاحتفاظ المتعاقدين بثمرات الشيء الذي قبضه.

الحكم بالتعويض: إذا حكمت المحكمة بالفسخ لخطأ احد المتعاقدين، او انه استحال عليه رد ما قبضه، حكمت على هذا المتعاقد بالتعويض عما أصاب الدائن من ضرر بسبب فسخ العقد ومصروفات الدعوى.

ثانياً: أثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين

زوال الحقوق التي رتبها القابض على الشيء قبل الفسخ، فزوال اثر العقد بأثر رجعي يسري بحق غير المتعاقدين أيضاً. فالمشتري يعتبر كأن لم يملك الشئ أبداً، مما يترتب عليه زوال الحقوق التي رتبها على المبيع قبل الفسخ، وعندئذ يسترد البائع المبيع خالياً من أي حق عليه، فان كان المبيع أرضا ورتب عليها المشتري حق انتفاع او ارتفاق ثم باعها لمشتري آخر ثم فسخ البيع فالبائع يسترد الأرض من المشتري الثاني خالية من الحقوق العينية المترتبة عليها.

الأساس القانوني: والأساس القانوني لزوال الحقوق التي رتبها المشتري على العين قبل الفسخ هو انه يعتبر كأن لم يملك هذه العين ابداً، ومن ثم يعتبر تصرفه صادراً من غير مالك فلا ينفذ تصرفه في حق المالك الأصلي.

وكما يقول الفقهاء المسلمون (فاقد الشئ لا يعطيه) ويعبر عن ذلك في الفقه الغربي (إذا زال حق من تصرف بالشيء زال حق من تلقى عنه هذا الشيء).

استثناء: هناك استثناءانيردان على القاعدة المتقدمة وكما يأتي:

١ـ عقود الإدارة المبرمة بحسن نية: إذا اجر المشتري العين بعقد ثابت التاريخ وكان المستأجر حسن النية، فعقد الإيجار يبقى ولا يفسخ ولا يستطيع البائع ان يسترد العين من المستأجر قبل نهاية عقد الإيجار.

٢- الحيازة في المنقول سند الملكية: إذا كان المبيع منقولاً وقبضه المشتري ثم باعه إلى مشتري ثاني وكان حسن النية وقبض المبيع ثم فسخ البيع الاول فلا يستطيع البائع استرداده منه لان المشتري الثاني أطمأن إلى ان المشتري الاول هو مالك الشيء فان سمحنا للبائع باسترداده منه فإن هذا يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات.

أثر الفسخ في العقد المستمرة التنفيذ:

الفسخ في العقود المستمرة التنفيذ لا يمكن ان يكون الفسخ بأثر رجعي إلى حين إبرام العقد، لأن الزمن عنصر جوهري في هذه العقود ويعتبر العقد قد نفذ في جزء منه بمقدار يتنسب مع ما مر من الزمن، والزمن الذي يمر لا يعود. ويترتب على ذلك عدم إمكانية فسخ العقد بأثر رجعي ولذلك يكون اثر الفسخ للمستقبل فقط، ويظل ما ترتب من اثر على هذه العقود قائماً.

فإذا فسخ عقد الإيجار فان الأجرة المستحقة عن المدة السابقة تبقى لها صفة الإجرة لا التعويض وبضمنها امتياز المؤجر. ولذلك لا يسمى بعض الفقهاء ذلك فسخاً بل (إنهاء).

الفرع الثاني
الإقالـــــــة

يجوز ان يتفق المتعاقدان على إلغاء العقد وإرجاع الحال إلى ما كانت عليه ورد ما سلم إلى صاحبه. واتفاقهم هذا صحيح ويقال له (الإقالة).

والإقالة هي عقد فلا بد من توفر الشوط العامة لإنشاء العقد، كما إنها فسخ اتفاقي فلابد من توفر شروط الفسخ فيها، وهي إمكان إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد.

الطبيعة القانونية للإقالة: هناك ثلاث أراء بهذا الصدد، الاول يعتبر الإقالة عقداً جديداً، والثاني يعتبره فسخاً اتفاقياً، والثالث يعتبرها فسخاً بين المتعاقدين وعقداً جديداً بالنسبة للغير، والرأي الأخير هو ما اخذ به القانون المدني العراقي، وتترتب على هذا التكييف بعض النتائج منها:

١- إذا كانت الإقالة عقداً جديداً بالنسبة للغير فالشفعة تثبت إذا كان البيع عقاراً، في القوانين التي تأخذ بالشفعة في العقار، فإذا باع شخص داره ولم يطلب جاره الدار بالشفعة ثم اتفق البائع والمشتري على الإقالة فللجار ان يطلب الدار بالشفعة.

٢- لا تحدث الإقالة بأثر رجعي بالنسبة للغير، فتبقى الحقوق العينية والشخصية التي رتبها المشتري على العين قبل الإقالة فيسترد البائع وهي مثقلة بالحق العيني كحق مرور او شرب او الحق الشخصي كالإجارة.

الباب الثاني
الإرادة المنفردة

مدى قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الحق الشخصي او الالتزام: الإرادة المنفردة عمل قانوني صادر من جانب واحد وهي بهذا الاعتبار تستطيع أن تحدث بعض الآثار القانونية، كالإيجاب الملزم وإجازة العقد الموقوف وان تكون سبباً في كسب الحقوق كما في الوصية، وسبباً في سقوطها كالنزول عن حق ارتفاق او رهن، او إنهاء رابطة عقدية كما في الوديعة والعارية والوكالة، وان تسقط الحق الشخصي عن طريق الإبراء.

ولكن هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الحق الشخصي والالتزام؟ للإجابة على هذا السؤال نميز بين حالتين:
١- إنشاء الحق لمن صدرت عنه الإرادة ، او إنشاء الالتزام على عاتق الغير، وهذا غير ممكن.
٢- إنشاء الالتزام على عاتق من صدرت عنه الإرادة، إي ترتيب حق للغير، وقد اختلفت الآراء بهذا الشأن، والسائد حالياً ان الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون.

الفصل الرابع

متى تلزم الإرادة المنفردة صاحبها

حسب نص المادة (١٨٤) مدني فان الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك، وبسري عليها ما يسري على العقد من أحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين.
أولاً: الحالات التي تلزم الإرادة المنفردة فيها صاحبها:
يتضح من نصوص القانون المدني العراقي ان هذه الحالات هي:
١- الوعد بجائزة (الجعالة): من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعد.
٢- الإيجاب الملزم: يكون الإيجاب ملزماً إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول.
٣- إنشاء المؤسسات يكون بسند رسمي او بوصية بالإرادة المنفردة للمنشئ، وهذه الإرادة تنتج أثرها في حياته او بعد مماته بوصية ويلتزم بأن ينقل إليها المال المخصص لها ، وهكذا تنشئ الإرادة المنفردة شخصاً معنوياً وتنشئ التزاما نحو هذا الشخص.
٤- تحرير العقار المرهون رهناً تأمينياً يكون بإعلان من الحائز للعقار يلتزم فيه بإرادته المنفردة بإيفاء الديون المقيدة إلى القدر الذي يراه مساوياً لقيمة العقار.
ثانياً - الأحكام التي تسري على الإرادة المنفردة:
حسب نص المادة (١٨٤) مدني يسري على الإرادة المنفردة ما يسري على العقد من أحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين، ومعنى هذا انه لابد لتنتج الإرادة المنفردة أثرها من أن تتوفر لها الشروط والأركان العامة في العقد، من تراض ومحل وسبب، عدا ما تعلق منها بتوافق الإرادتين، فيجب ان يتمتع صاحب الإرادة بالأهلية اللازمة وان يكون رضاؤه صحيحاً غير مشوب بعيب ان يتوفر لها محل مشروع وسبب مشروع
أي قصد مشروع يراد تحقيقه.

الفصل الخامس

الوعد بجعل (الجعالة)

الوعد بجعل أهم تطبيق أورده القانون المدني العراقي للإرادة المنفردة، حيث نصت المادة (١٨٥) منه (من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعد).
ومثاله ان يعلن شخص عن جائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين كاكتشاف دواء لمرض معين او العثور على شيء ضائع، فمن قام بالعمل استحق الجائزة ولو لم يعلم بالوعد عند قيامه بالعمل.
الجعالة في الفقه الإسلامي: عالج الفقهاء المسلمون الجعالة باستفاضة ونقطة الابتداء عندهم ما جاء في سورة يوسف عليه السلام (... قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) أي كفيل.
شروط الوعد بالجعل - يجب لتحقيق الوعد بجعل توفر الشروط التالية:
١- يجب ان تتوفر في الواعد وفي العمل الموعود بجعل الأركان العامة من تراض ومحل وسبب، وان يكون الواعد جاداً في وعده، أي اتجاه إرادته إلى إحداث اثر قانوني.

٢- ان توجه الإرادة إلى الجمهور لا إلى شخص معين، وهذا الشرط هو ما يميز الإرادة المنفردة عن العقد،فان وجهت لشخص او أشخاص معينين لأصبحت إيجاب يحتاج إلى قبول، وعندئذ تصبح عقداً لا إرادة منفردة.
٣- ان توجه الإرادة بطريق علني، كالإعلان في الصحف والراديو والتلفزيون.
٤- أن يتضمن الإعلان أمرين: جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها، وعملاً معيناً يجب القيام به لاستحقاق الجائزة.
أحكام الوعد بجعل: ميز المشرع العراقي بين حالتين، وكما يأتي:
١- إذا حددت مدة للوعد: إذا حدد الواعد مدة لوعده اشترط ان يتم العمل خلالها التزم بالإبقاء على وعده خلال هذه المدة، فان انقضت دون ان يتقدم احد بالعمل المطلوب تحلل الواعد من التزامه. وإذا قام احد بالعمل خلال المدة أصبح دائناً للواعد بالجعل، سواء كان يعلم او لا يعلم بالوعد عد قيامه بالعمل وسواء قام بالعمل قبل الوعد او بعده. والوعد هنا يشبه الإيجاب الملزم ويمكن ان نسميه (الوعد الملزم او اللازم).
٢- إذا لم تحدد مدة للوعد: في هذه الحالة فان للواعد ان يرجع عن وعده ما دام لم يقم احد بالعمل. ويجب ان يكون الرجوع بنفس طريقة الإعلان عن الوعد، فإذا قام احد بالعمل قبل الرجوع استحق الجعل ولو لم يكن عالماً بالوعد عند قيامه به والوعد هنا يشبه الإيجاب غير الملزم ويمكن ان نسميه (الوعد غير الملزم او غير اللازم).
سقوط دعوى الجعل:إذا لم يحدد الواعد مدة للعدول وعدل عن وعده ولكن قام شخص بالعمل قبل العدول فلهذا الشخص أن يرجع على الواعد في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول، وهي مدة سقوط لا مدة تقادم، فلا تقف ولا تنقطع. وإذا حدد الواعد مدة وقام شخص بالعمل في خلالها، فالجعل يصبح ديناً في ذمة الواعد وتسري عليه أحكام التقادم. وإذا لم يحدد مدة ولم يعدل فيمكن سماع الدعوى مهما مر من زمن لان الوعد لا يزال قائماً إلا إذا تبين ان العمل لا يعود بفائدة على الواعد إلا خلال فترة معقولة فيجب القيام به خلالها، كما لو كان العمل المطلوب هو اكتشاف دواء يخص الواعد وتم اكتشافه بعد موته والقضاء هو الذي يقدر ذلك.

الباب الثالث

العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية)

يمارس الانسان خلال حياته أنشطة كثيرة ومتنوعة وقد يستخدم في عمله أشخاص آخرين او يستعمل أدوات وآلات متنوعة او يربي حيوانات ...، وقد يتسبب الانسان وهو يمارس نشاطاته تلك بإلحاق ضرر بالآخرين فتترتب عليه المسؤولية، وهذه المسؤولية قد يقررها القانون العقابي وتعرف بالمسؤولية الجنائية او الجزائية او يقررها القانون المدني وتعرف بالمسؤولية المدنية وهي تبدو على نوعين مسؤولية تنشأ من إخلال المدين بالتزامه العقدي وتعرف بالمسؤولية العقدية او إنها تترتب على إخلال بالتزام يفرضه القانون وتدعى المسؤولية عن العمل غير المشروع او الفعل الضار او المسؤولية التقصيرية.
ويمكن تعريف المسؤولية التقصيرية بأنها: التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي او عن فعل من هم تحت رعايته او رقابته من الاشخاص او الأتباع او تحت سيطرته الفعلية من الحيوان او البناء او الأشياء غير الحية الأخرى في الحدود التي يرسمها القانون.
١- تطور المسؤولية التقصيرية: في المجتمع البدائي كانت المسؤولية الجنائية تختلط بالمسؤولية المدنية وكان المجني عليه او عشيرته ينزون القصاص بالجاني ثم تدخل السلطة لترسم حدود القصاص نظير الأذى ثم استعيض عنه بالدية اي اقتضاء مبلغ من المال من محدث الضرر، ولم يميز الرومان تماماً بين المسؤوليتين المدنية والجزائية، ويعود الفضل إلى التمييز بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم وخاصة الفقيه الفرنسي الكبير دوما الذي صاغ في كتابه (القوانين المدنية) قاعدة قضت بما يأتي: كل الخسائر والأضرار التي تقع بفعل شخص نتيجة لعدم التبصر و الطيش او الجهالة بما يجب العلم به او لأي خطأ آخر مماثل أياً كانت درجة ذلك الخطأ يلزم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره او أي خطأ آخر صدر عنه

سبباً في وقوعها). وقد اقتبس واضعوا القانون المدني الفرنسي - تقنين نابليون - (١٨٠٤) هذا النص ووضعوا قاعدة عامة للمسؤولية التقصيرية تقوم على عنصر الخطأ.

٢- تطور أحكام المسؤولية التقصيرية وفكرة الخطأ: تطورت أحكام المسؤولية التقصيرية بعد تقنين نابليون كنتيجة حتمية لتطور المجتمع المعاصر مادياً وفكرياً فضلاً عن التقدم العلمي والتطور الصناعي وما يسببه من حوادث قد يصعب معها إثبات خطأ مرتكب الفعل الضار مما اقتضى تيسير عبأ إثبات ذلك الخطأ وكما يأتي:

١- إقامة المسؤولية التقصيرية على أساس خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس.
٢- إقامة المسؤولية التقصيرية على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس.
٣- استبعاد الخطأ كركن من أركان المسؤولية وإقامتها على أساس مبدأ تحمل التبعة والاعتداد بالضرر في ترتبها إي وجوب التعويض على كل شخص خلق بنشاطه ضرراً للغير.
٤- استبعاد الخطأ كركن من أركان المسؤولية وإقامتها على أساس الضرر وتأسيس المسؤولية على فكرة الضمان.
٥- تبني نظرية التعسف في استعمال الحق.

٣- نطاق المسؤولية التقصيرية: لتحديد هذا النطاق نميز أولاً بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية وثانيا بين نوعي المسؤولية المدنية أي بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

اولاً - التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية:

تختلف كلتا المسؤوليتين الجنائية والمدنية من حيث الأساس الذي تقوم كل منهما عليه، فالمسؤولية الجنائية تقوم على أساس الضرر الذي يصيب المجتمع، بينما تقوم المسؤولية المدنية على أساس الضرر الذي يصيب المجتمع.

ويترتب على هذا الاختلاف النتائج التالية:

١- الجزاء في المسؤولية الجنائية عقوبة توقع باسم المجتمع على شخص الجاني أما الجزاء في المسؤولية المدنية فتعويض يستوفى من ماله.
٢- تهدف العقوبة كجزاء جنائي إلى زجر المجرم وردع غيره أما الجزاء المدني فيستهدف إزالة الضرر أو التخفيف منه.
٣- دعوى المسؤولية الجنائية من حق المجتمع فيقيمها الادعاء العام، أما المسؤولية المدنية فمن حق المضرور فهو من يقيمها.
٤- تختص المحاكم الجزائية بنظر دعوى المسؤولية الجنائية، أما دعوى المسؤولية المدنية فالأصل ان تنظرها المحاكم المدنية وان جاز رفعها إمام محاكم الجزاء تبعاً للدعوى الجزائية.
٥- العقوبة الجزائية من حق المجتمع فلا يجوز للادعاء العام التصالح بشأنها، أما الجزاء في المسؤولية المدنية فيجوز فيه الصلح والتنازل.
٦- في دائرة المسؤولية الجنائية تسري قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، أما في نطاق المسؤولية المدنية فلا تسري هذه القاعدة لأنها تنهض كلما ارتكب الشخص عملاً غير مشروع الحق بالغير ضرراً.
٧- في المسؤولية الجنائية تتناسب العقوبة مع درجة الخطأ ولو لم يقع ضرر كما في جرائم الشروع، أما الجزاء في المسؤولية المدنية فيتناسب مع مقدار الضرر.
٨- يعتبر القصد الجنائي ركناً لقيام المسؤولية الجنائية، أما في المسؤولية المدنية فلا يشترط توفر القصد.
٩- يعتبر التمييز شرط لقيام المسؤولية الجنائية لان غير المميز لا يدرك ما يفعل، أما المسؤولية المدنية فلا يشترط لقيامها توافر هذه النية.

ثانياً: التمييز بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية: تقوم بين المسؤوليتين فروق كثيرة من حيث الأحكام والنطاق نوجزها فيما يأتي:

١- من حيث الأهلية: يشترط توافر الأهلية الكاملة لقيام المسؤولية العقدية في اغلب العقود. أما في المسؤولية التقصيرية فقد تتحقق مسؤولية غير المميز عن العمل غير المشروع سواء صدر منه او من تابعيه.
٢- من حيث الإعذار: إعذار المدين قبل مسائلته عن التعويض أمر واجب في دائرة المسؤولية العقدية في الغالب، ولا محل له في المسؤولية التقصيرية.
٣- من حيث الإثبات: الإثبات في نطاق المسؤولية العقدية أيسر فلا يكلف الدائن في نطاقها إلا بإثبات عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي أما الإثبات في المسؤولية التقصيرية فيتطلب من الدائن إثبات الخطأ الذي ارتكبه المسؤول.
٤- من حيث مدى التعويض: في المسؤولية التعاقدية يسأل المتعاقد عن الضرر المباشر المتوقع الحصول عند التعاقد من حيث نوعه ومقداره ويسأل أيضاً عن الضرر المباشر غير المتوقع إذا ارتكب غشاً او خطأً جسيماً.
أما في المسؤولية التقصيرية فان التعويض يشمل الضرر المباشر كله متوقعاً كان أو غير متوقع.
٥- من حيث التضامن بين المسؤوليتين: التضامن في دفع التعويض بين المسؤولين في دائرة المسؤولية التقصيرية إذا تعددوا ثابت بنص القانون، أما في دائرة المسؤولية العقدية فان التضامن بين المسؤولين غير مفترض إلا إذا نص عليه القانون.
٦- من حيث الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية: يعتبر الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية او تخفيفها باطل لان أحكامها من النظام العام، أما الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية فجائز باستثناء حالة الإعفاء من الغش والخطأ الجسيم.
٧- من حيث التقادم: تتقادم دعوى المسؤولية العقدية بمضي خس عشر سنة، وتتقادم دعوى التعويض في المسؤولية التقصيرية بمضي ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بوقوع الضرر وبمن أحدثه، وتسقط في جميع الأحوال بمضي خمسة عشر عاماً من يوم وقوع العمل غير المشروع.
٨- من حيث النطاق: تنشأ المسؤولية العقدية عند توفر شرطين أولهما وجود عقد صحيح بين المسؤول والمضرور وثانيهما نشوء الضرر عن إخلال بالتزام عقدي، وعند عدم توافرهما تنهض المسؤولية التقصيرية في كل مجال لا تنهض فيه المسؤولية الجنائية.

المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي:

نص المشرع العراقي على المسؤولية التقصيرية بسبع وأربعين مادة (١٨٦ - ٢٣٢)، ونقسم البحث إلى فصلين أولهما للبحث في المسؤولية عن الأعمال الشخصية وثانيهما للبحث في المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية عن الأشياء.

الفصل السادس
المسؤولية عن الأعمال الشخصية

نصت الفقرة الاولى من المادة (١٨٦) مدني عراقي على انه (إذا اتلف أحد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً إذا كان في إحداثه الضرر قد تعمد او تعدى) وقضت المادة ٢٠٢ منه بما يلي (كل فعل ضار بالنفس من قتل او جرح او ضرب او إي نوع أخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من احدث الضرر) وجاء في المادة (٢٠٤) منه (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض).
أشارت المواد المتقدمة إلى أركان المسؤولية التقصيرية وهي الضرر والخطأ والعلاقة السببية بين الضرر والخطأ، ونتكلم عن كل منها في ثلاث مطالب:

المطلب الاول: الضرر

تعريف الضرر: هو أذى يصيب الشخص في حق او في مصلحة مشروعة له. وهو ركن أساس في المسؤولية لأنها تعني التزاماً بالتعويض وهو يقدر بقدر الضرر وبانتفائه تنتفي المسؤولية ولا تكون للمدعي مصلحة في إقامة الدعوى.

نوعا الضرر: الضرر أما مادي أو أدبي، والضرر المادي هو خسارة تصيب المضرور في ماله كإتلاف مال او تفويت صفقة او إحداث إصابة تكبد المصاب نفقات.أما الضرر الأدبي فيبدو في صورة الم ينتج عن إصابة او مساس بالشعور ينتج عن إهانة، او تقييد للحرية ينتج عن حبس دون وجه حق.

شروط الضرر: يشترط توافر ثلاثة شروط في الضرر حتى يمكن التعويض عنه، هي ان يكون محققاً وان يكون مباشراً وان يصيب حقاً او مصلحة مالية مشروعة.

الشرط الاول ـ ان يكون الضرر محققاً:

الضرر المحقق هو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالاً أي وقع فعلاً او كان مستقبلاً إذا كان وجوده مؤكداً وان تراخى وقوعه إلى زمن لاحق. فان توقف متعهد بتوريد مواد غذائية شهرياً إلى مستشفى عن التوريد فان الضرر يكون محققاً وان وقع مستقبلاً ما دامت ستضطر لشرائها من السوق عند نفاذ المخزون.

إلا انه لا يجوز التعويض عن الضرر المحتمل وهو الضرر الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه مستقبلاً، فلا يجوز لجمعية خيرية ان تطالب بالتعويض ممن قتل شخصاً اعتاد التبرع لها لأنه ضرر محتمل.

تفويت الفرصة: وقد جرت أحكام القضاء الفرنسي والمصري على اعتبار تفويت الفرصة للكسب ضرراً محققاً وليس محتملاً، كحرمان موظف من خول امتحان ترقية او حرمان حصان من الاشتراك في سباق. ذلك ان الحرمان في الحالتين لا ينطوي على المساس بالأمل في الفوز وإنما يمس الحق في الفرصة لمحاولة الفوز وتفويت الفرصة ضرر محقق وإن كان الفوز نتيجة محتملة، إلا ان الضرر عندئذ لا يقدر بقدر الكسب الذي فاتت فرصته وإنما بقدر ما يحتمل معه تحقق الكسب في تلك الفرصة.

الشرط الثاني ـ أن يكون الضرر مباشراً متوقعاً كان أو غير متوقع:

الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للإخلال بالالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير ولم يكن في استطاعة المضرور ان يتوقاه ببذل جهد معقول. أما الضرر المباشر فلا يجوز التعويض عنه لانقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. فلو ضرب شخص آخر على رأسه بعصا فأصيب بالجنون فحزنت أم المصاب على ابنها وماتت كمداً فان الضرر المباشر الذي يسأل عنه المدين (المعتدي) ويلزم بالتعويض عنه هو ما أصاب الشخص من عاهة وما تكبده من نفقات وما تحمله من تعطل ولكن موت الأم يعتبر ضرر غير مباشر لا يجوز الحكم بالتعويض عنه.

ويلتزم المدين في نطاق المسؤولية التقصيرية بالتعويض عن كل ضرر يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع.

الشرط الثالث ـ ان يصيب الضرر حقاً او مصلحة مالية مشروعة للمضرور:

ان الضرر قد يصيب حقاً للمضرور كأن يتلف شخص أملاك شخص أخر وقد يصيب مصلحة مالية للمضرور دون ترقى إلى مرتبة الحق كقتل شخص كان يعيل أقربائه دون ان يكون ملزم قانوناً بذلك، وللأقرباء مطالبة القاتل

بالتعويض قضاءاً إذا ثبت ان القتيل كان يعيلهم على نحو مستمر وانه كان سيستمر بالإنفاق عليهم لو بقي حياً.

أما إذا لم يصب الضرر حق او مصحة مالية مشروعة فلا يجوز التعويض عنه، فلا يحكم بالتعويض لخليلة قتل خليلها لان مصلحتها المالية التي تأثرت بقتل الخليل ليست مشروعة.

المطلب الثاني: الخطأ

تعريف الخطأ التقصيري: هو إخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن إدراك. وهو الالتزام باحترام حقوق الكافة وعدم الإضرار بهم وهو التزام ببذل عناية والعناية المطلوبة هي اتخاذ الحيطة والتحلي باليقظة والتبصر في

السلوك لتحاشي الإضرار بالغير. وبهذا يختلف عن الالتزام العقدي لان الاخير قد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة او التزام ببذل عناية، بينما الالتزام القانوني هو التزام ببذل عناية دائماً. ويتضح من التعريف أعلاه ان الخطأ التقصيري يقوم على ركنين او عنصرين أولهما العنصر المادي (الموضوعي): وهو الإخلال او التعدي، وثانيهما العنصر المعنوي(الشخصي): وهو الإدراك او التمييز.

العنصر المادي ـ الإخلال أو التعدي:

يراد بالتعدي: انحراف في السلوك أي تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه سواء كان الانحراف متعمداً او غير متعمد. والانحراف المتعمد هو ما يقترن بقصد الإضرار بالغير أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال او تقصير.

ويستعان عادة بمعيار موضوعي لتحديد التعدي وضبط الانحراف وليس بمعيار شخصي ويراد بالمعيار الشخصي او الذاتي النظر إلى ذات الشخص الذي وقع منه الفعل الضار لمعرفة ما إذا كان فعله يعتبر انحرافاً في السلوك قياساً إلى صفاته الداخلية وظروفه الشخصية وبموجبه يحاسب الشخص الذكي المتبصر على أتفه انحراف في سلوكه بنما لا يحاسب من هو أدنى منه في اليقظة والتبصر إلا على انحراف بارز في سلوكه. وإذا كان هذا المعيار عادلاً بالنسبة لمرتكب الضرر إلا انه ينطوي على عيبين، أولهما: انه يقتضي تحليل شخصية المعتدي وسلوكه وهذا أمر شاق، وثانيها: انه مجحف بحق كل من المضرور والفاعل شديد اليقظة لأنه يهدر حق المضرور إذا كان الفاعل قليل اليقظة وهو يضيق الخناق على الفاعل شديد اليقظة ويحاسبه على اقل انحراف في السلوك.

أما المعيار الموضوعي او المجرد في ضبط الانحراف فيعني تقدير الانحراف قياسا إلى سلوك شخص معتاد مجرد محاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية ويراد بالشخص المعتاد شخص من طائفة الفاعل متوسط في جميع الصفات فلا هو خارق الذكاء وليس هو بالمهمل البليد ويراد بالمجرد ان نجرد من ظروفه الشخصية ونفترض إحاطته بنفس ظروف الفاعل وهي الظروف الخارجية المحيطة بالفاعل كظرفي الزمان والمكان دون الاعتداد بظروف الداخلية الشخصية من صحة ومرض وثقافة وحال عصبية وطباع وجنس. فإذا كان من وقع منه الفعل الضار سائقاً وأردنا بيان خطئه علينا مقارنة سلوكه بسلوك سائق معتاد نحيطه بنفس ظروف الفاعل الخارجية كأنه كان يسير وسط الزحام او الضباب او النهار او الليل او طريق زلق ولا نعتد بظروف السائق الشخصية كضعف البصر او بطء التفكير او انه كان امياً لا يقرأ تعليمات المرور او متقدماً في السن، فان كان سلوكه كمسلك السائق المعتاد او أكثر يقظة نفينا عنه صفة الخطأ وان كان دون مسلك السائق المعتاد حيطة وحذراً اعتبرناه مخطئاً.

العنصر المعنوي ـ الإدراك والتمييز: لما كانت القاعدة القانونية خطاب موجه للأفراد يأمرهم بانتهاج سلوك معين ولما كان من لا يملك الإدراك لا يجدي معه الخطاب باستثناء الواجبات التي لا تتطلب إدراكاً كالالتزام بالضرائب فإن الإدراك او التمييز اعتبر عنصراً اساساً في الخطأ منذ العهد الجمهوري الروماني وصولاً إلى القانون المدني الفرنسي وقد ترتب على ذلك عدم مسؤولية الصبي غير المميز والمجنون ومن فقد التمييز لعارض وقتي كالسكر او المخدرات إلا إذا ثبت ان الفاعل قد تسبب بخطئه في حدوث العارض.

موقف الفقه والقضاء والتشريعات الحديثة: إلا ان اشتراط التمييز لترتب المسؤولية لم يجد قبولاً من الفقه والقضاء وبعض التشريعات الحديثة لمجافاته للعدل لاسيما إذا كان الفاعل مليئاً والمصاب معوزاً ولذلك اعتبر جانب من الفقه والقضاء التمييز من الظروف الداخلية التي لا تؤخذ بنظر الاعتبار كما سلم بذلك القانون الألماني والسويسري والبولوني كل ذلك بتأثير ظهور المسؤولية المادية ونظرية تحمل التبعة التي جعلت قوام المسؤولية عنصر الضرر واستبعدت الخطأ وما يتعلق به من إدراك وتمييز في ترتبها.

موقف الفقه الإسلامي: وكان للفقه الإسلامي قصب السبق في هذا المضمار بالتسليم بالمسؤولية المادية وإقرار مبدأ الغرم بالغنم ولم يعبأ بعنصر الخطأ وجعل مرتكب الفعل الضار ضامناً بصرف النظر عن التعمد والتعدي إي عن الإدراك والتمييز فالمباشر وهو من احدث الضرر ضامن وان لم يتعمد او يتعد وهكذا أقرت المسؤولية المالية للإنسان منذ مولده إلا ن الفقه الإسلامي اقر فكرة الخطأ في نطاق ضيق وسماه تقصيراً او

عدم تحرز وهو ما يقابل الخطأ السلبي في القوانين الحديثة، فإذا سلم شخص ولده إلى سباح ليعلمه السباحة وغرق الولد أثناء التعلم كان السباح مسؤولاً لان ذلك دليل على تقصيره في المحافظة والانتباه وكان عليه ان يحتاط ويتحرز من غرقه.

موقف المشرع المصري: أما المشرع المصري فقد وقف موقفاً وسطاً حيال عنصر الإدراك ويستفاد من نص المادة (٢/١٦٤) من تقنينه المدني ان مسؤولية عديم التمييز في القانون المصري هي مسؤولية احتياطية جوازية مخففة فهي مسؤولية احتياطية لأنها لا تترتب إلا إذا لم يوجد مسؤول عن عديم التمييز أو وجد وانتفت مسؤوليته او تعذر الحصول منه على تعويض. وهي مسؤولية جوازية لان تقدير الحكم بالتعويض متروك للمحكمة فقد تحكم به وقد لا تحكم به مراعية وضعه المالي وهي مسؤولية مخففة لان القاضي لا يلزم عديم التمييز بالتعويض الكامل وإنما يحكم عليه بتعويض عادل يراعي فيه الحالة المالية لكل من عديم التمييز والمضرور وجسامة الضرر.

الخطأ في القانون المدني العراقي (موقف المشرع العراقي): حاول مشرعنا مجاراةالفقه الإسلامي في تقرير مسؤولية عديم التمييز ومن في حكمه واستبعد عنصر الإدراك لأنه لم يشترط التمييز لترتب الضمان في المادة ١٩١ وان اشترط التعمد والتعدي لترتبه في المادة ١٨٦، ويلاحظ على نصوص القانون المدني العراقي التي حكمت المسؤولية عن الأعمال الشخصية ما يأتي:

اولاً: ان مشرعنا جعل مسؤولية عديم التمييز ومن في حكمه مسؤولية أصلية وجوبية مخففة، فهي مسؤولية أصلية لان الصبي غير المميز يلزم بالضمان من ماله وان تعذر ذلك ودفعه وليه او وصيه او القيم أمكن لهم الرجوع علي بما دفعوا، وهي وجوبية لان لابد للمحكمة ان تحكم بالتعويض عند تحقق شروطه، وهي مسؤولية مخففة لان المحكمة تحكم عليه بتعويض عادل يراعي فيه الحالة المالية لكل من عديم التمييز والمضرور وجسامة الضرر وليس بتعويض قانوني كامل.

ثانياً: ان مشرعنا وقع في تناقض عندما اشترط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية التقصيرية في المادة ١٨٦ ولكنه حمل عديم التمييز المسؤولية في المادة ١٩١، والحال ان التعمد والتعدي، اي صدور الفعل عن قصد الأضرار او عن إهمال وعدم حيطة، يفترضان التمييز في فاعل الضرر لأنهما يعنيان الخطأ والخطأ لا يمكن ان ينسب لعديم التمييز، وكأنه بموجب النصين أعلاه قد حاسب كامل الأهلية محاسب اخف من معاملة عديم الأهلية، لأنه يتطلب في كامل الأهلية تحقق التعمد او التعدي لثبوت مسؤوليته، بينما اكتفى بتحقق الفعل الضار لترتب مسؤولية عديم التمييز. ويمكن رفع هذا التناقض من خلال الجمع بين نصوص قانونا المدني لان الماد ٢٠٢ التي حكمت الأفعال غير المشروعة التي تقع على النفس لم تشترط لتعدي وذلك بخلاف المواد ١٨٦ و ٢٠٤ التي اشترطته، وحيث ان جانب من الفقه والقضاء المعاصرين يعتبر التمييز من الظروف الداخلية وفقاً للمعيار الموضوعي الذي نعتمده فانه يمكن القول ان مشرعنا لم يهمل فكرة الخطأ لأنه اشترط التعمد والتعدي للضمان ولكنه أهمل عنصر الإدراك كعنصر من عناصر الخطأ في ترتبهما.

ثالثاً: ان مشرعنا وان حاول مجارة الفقه الإسلامي في أحكامه إلا انه دخل تحويراً على ما استقر في هذا الفقه من أحكام ومن ثلاث نواح:

اولاً: ان مشرعنا اشترط التعمد والتعدي في الضمان خلافاً للفقه الإسلامي الذي لم يشترطهما بالنسبة للمباشر.

ثانياً: ان مشرعنا ألزم المتعمد او المتعدي بالضمان سواء كان مباشراً او متسبباً بالفعل الضار خلافاً للفقه الإسلامي الذي جعل المباشر وحده ضامناً دون المتسبب.

ثالثاً: ان مشرعنا أجاز اجتماع المباشر والمتسبب وقضى بتضامنهما في المسؤولية والضمان خلافاً للفقه الإسلامي الذي لم يجز التكافل بينهما لأنه لم يسلم باجتماعهما أصلاً.

نخلص ما تقدم ان الخطأ التقصيري وفقا لقانوننا المدني هو الإخلال بالتزام قانوني يقتضي اتخاذ الحيطة والحذر في السلوك ابتغاء عدم الإضرار بالغير ويبدو في صورة انحراف عن سلوك الشخص المعتاد المحاط بنفس ظروف الفاعل الخارجية سواء كان متعمداً او غير متعمد وسواء صدر من مميز او من عديم التمييز.

- أنواع الخطأ التقصيري:يبدو الخطأ التقصيري على نوعين هما الخطأ الايجابي والخطأ السلبي، والخطأ الايجابي هو القيام بعمل يحرمه القانون كإتلاف او قتل أما الخطأ السلبي فهو امتناع عن عمل ويبدو على نوعين:
الاول: امتناع عن عمل يفرضه القانون كامتناع سائق عن إضاءة مصابيح سيارته ليلاً او عدم وضع المقاول علامة دالة على حفر أحدثها في الطريق العام. ويجمع الفقه والقضاء على اعتبار هذا الخطأ السلبي موجباً للتعويض.
ثانياً: إمتناع عن عمل تفرضه القيم الخلقية والتضامن الاجتماعي دون ان ينص عليه القانون كامتناع شخص عن مد يد المعونة إلى شخص يتعرض لخطر الموت غرقاً او حرقاً او جوعاً او عطشاً، وقد اختلف الفقه والقضاء في تكييفه كخطأ سلبي، فرفض أنصار المذهب الفردي اعتباره خطأ سلبياً لان قي ذلك تقييد لحرية الفرد وخروج على منطق القانون لعدم وجود تكليف قانوني و لكون الامتناع عدم من ثم لا يتصور تتحقق العلاقة السببية بين الضرر والعدم، بينما يرى أنصار المذاهب الاشتراكية ان هذا الامتناع يعتبر خطأ سلبياً وحجتهم ان القوانين لا تفرق بين الخطأ السلبي والخطأ الايجابي في ترتيب المسؤولية التقصيرية.
ويرى بعض شراح القانون في العراق ان الشريعة الإسلامية وهي احد مصدرين لقانوننا المدني قررت اعتبار الامتناع من أسباب الضمان فقد جاء في المغني لابن قدامة (ان من اضطر إلى طعام او شراب غيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه).
ان الإحاطة بركن الخطأ يقتضي البحث في موضوعين هما انتفاء المسؤولية وحالة الضرورة:

الموضوع الاول

حالات انتفاء المسؤولية لانتفاء صفة الخطأ من الفعل الضار

قد ينطوي تصرف فاعل الفعل الضار على معنى الإخلال بالالتزام القانوني ولكن القانون لا يعتبره مخطئاً لوجود ظرف معين كالإكراه او لوجود واجب قانوني يتعارض مع ذلك الالتزام القانوني ويفوقه أهمية ومن ذلك ثلاث حالات هي:

اولاً: الدفاع الشرعي

تنص المادة (٢١٢) مدني عراقي (١- الضرورات تبيح المحظورات ولكن تقدر بقدرها. ٢- فمن احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او غيره كان غير مسؤول على ان لا يجاوز في ذلك القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة). فقد أباح القانون للشخص بشروط رد الاعتداء الواقع عليه ولا يعتبر ذلك خطأ موجباً لمسؤوليته تأسيساً على الموازنة بين مصلحتي المدافع والمعتدي وتفضيل الاولى على الثانية ولا تعد هذه الإباحة عودة لنظام الانتقام الفردي لأنه لم يفعل سوى انه احل نفسه محل السلطة العامة وأعانها في منع الاعتداء وهذا ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي دفع الصائل.

شروط ممارسة حق الدفاع الشرعي:

١- وجود خطر حال على نفس المدافع أو نفس غيره: ويراد بالخطر الأذى البالغ ويراد بالخطر الحال أن يكون على وشك الوقوع بحيث لا يتسنى للمدافع الاحتماء من الخطر باللجوء إلى السلطة العامة او إلى غيره من الاشخاص ولذلك لا يجوز ممارسة هذا الحق إذا كان الخطر مستقبلاً بحيث يمكن الاستعانة بالسلطات او بالآخرين. ويلاحظ ان قانون العقوبات العراقي والقانون المدني المصري قد أباحا حق الدفاع عن نفس المدافع او ماله ونفس الغير وماله.

٢- أن يكون إيقاع الخطر عملاً غير مشروع: فإن كان إيقاعه عملاً مشروعاً فإن دفعه يعتبر عملاً غير مشروع، ولذلك لا تعد مقاومة المجرم لرجال الشرطة عند القبض عليه دفاعاً شرعياً لان أدائهم لواجبهم لا يعتبر اعتداء.

٣- ان يكون الدفاع بالقدر الضروري لدفع الاعتداء: أي متناسباً معه دون تجاوز او مبالغة فإن تجاوز المدافع القدر الضروري لدرء الخطر اعتبر معتدياً ووقع تحت طائلة القانون ويقاسم عندئذ المعتدي المسؤولية على أساس خطأ مشترك صدر عنهما ويحكم عليه بتعويض تراعى في تقديره مقتضيات العدالة.

ثانياً: حالة الضرورة

لحالة الضرورة صورتين: الاولى إزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف، والثانية تحمل ضرر خاص لدرء ضرر عام.

الصورة الاولى - إزالة الضرر الأشد بالضرر الأخف: تعني هذه الصورة حالة شخص يواجهه او يواجه غيره خطر حال لا يمكن تفاديه إلا بإلحاق ضرراً بالغير وقاية لنفسه او لغيره من ضرر يفوق في الجسامة الضرر الذي يصيب المضرور، وعندئذ تكون مسؤوليته مخففة بالحكم عليه بدفع تعويض مناسب تقدره المحكمة وفق الشروط التالية:

١- وجود خطر حال يهدد نفس المضطر او ماله او نفس الغير او ماله.

٢- ان يكون مصدر الخطر أجنبياً عن كل من المضطر والمضرور، لأنه لو كان المضطر هو مصدر الخطر لتحمل المسؤولية كاملة. ومثاله ان يقود سائق سيارته كبيرة بسرعة فيضطر للانحراف بسيارته ويتلف بضاعة على جانب الطريق لتفادي دهس شخص لم يخطئ، ولأنه لو كان المضرور هو مصدر الخطر لاعتبر المضطر في حالة دفاع شرعي تعفيه من المسؤولية كمن اضطر لقتل حيوان مفترس إنقاذاً لنفسه.

٣- ان يكون الضرر المراد تفاديه أكثر جسامة من الضرر الذي يحدثه المضطر، كإتلاف بضاعة تفادياً لدهس شخص، أما إذا كان الضرر المراد تفاديه مساوياً للضرر الواقع او اقل منه جسامة فلا تتحقق حالة الضرورة ويتحمل الفاعل المسؤولية كاملة ويحكم بدفع تعويض قانوني كامل، فليس لمن أزهق روح إنسان تفادياً لإتلاف بضاعة ان يحتمي بنظرية الضرورة.

فان توافرت هذه الشروط تحققت حالة الضرورة ويتحمل فاعل الضرر مسؤولية مخففة ويحكم عليه بدفع تعويض مناسب يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي ألجأته إلى ارتكاب الضرر، لان الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً.

الصورة الثانية - تحمل الضرر الخاص لدرء ضرر عام: تقوم هذه الصورة على أساس الموازنة بين المصلحتين العامة والخاصة وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما، فيحق لكل شخص ان يتدخل لدرء ضرر عام وان الحق ضرر بمصالح فردية، كأن يهدم شخص دار محترقة لإنقاذ بقية الدور من امتداد الحريق إليها، فان كان تدخله بأمر السلطة العامة اعفي من المسؤولية وان كان تدخله من تلقاء نفسه كانت مسؤوليته مخففة والحكم عليه بدفع تعويض مناسب تراعي فه المحكمة مدى ما تحقق جراء تدخله من نفع للمصلحة العامة.

تقدير أحكام حالة الضرورة في صورتيها: اتضح لنا ان حالتي الدفاع الشرعي الضرورة وان اشتركتا في وجود خطر حال ينبغي دفعه عن طريق الفعل الضار إلا ان ثمة فارقاً يقوم بين الحالتين، هو ان الضرر يصيب شخصاً معتدياً في حالة الدفع الشرعي فيعفى المدافع من المسؤولية وهو أمر تجمع عليه القوانين، ولكن الضرر يصيب شخصاً غير معتد في حالة الضرورة فيتحمل المضطر مسؤولية مخففة وهو أمر محل خلاف ونلاحظ بشأنه ما يأتي:

اولاً: بالنسبة للصورة الاولى، اقتبس مشرعنا قاعدة (ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير إبطالاً كلياً) من قاعدة فقهية إسلامية تقضي بأن (الاضطرار لا يبطل حق الغير) أي بشكل يخالف ما استقر عليه هذا الفقه من حكم ينسجم مع العدالة فالعدالة تقضي تعويض المضرور بشكل كامل لأنه لم يكن له يد في حدوث الضرر، بينما أعفى مشرعنا مرتكب الضرر من جزء من التعويض ليتحمل الباقي المضرور وهذا أمر ينافي العدالة.

ثانياً: بلنسبة للصورة الثانية، ان ترتيب المسؤولية المخففة على عاتق من تدخل لحماية المصلحة العامة فالحق ضرر بمصالح خاصة امر يجافي المنطق والعدالة وانه ينبغي إعفائه من المسؤولية وان كانت مخففة وان يتحمل التعويض ان كان له مقتضى من استفاد من الفعل الضار كأصحاب الدور المجاورة في حالة الهدم بسبب الحريق وابتغاء عدم انتشاره او تتحمله الدولة وقد أسدى لها خدمة كبيرة.
الحالة الثالثة: تنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته: حسب المادة (٢١٥) مدني عراقي، ان مسؤولية الفعل الضار يتحملها الفاعل لا الأمر ما لم يكن مكرها أكراهاً ملجئا في دائرة التصرفات الفعلية فيتحمل الأمر الضمان عندئذ، كأن يشهر شخص سلاح بوجه آخر ويأمره بارتكاب فعل من مقتضاه سلب حرية الاختيار لدى المكره.
أما الفقرة الثانية من المادة فأشارت إلى رفع المسؤولية عن الفاعل (الموظف العام) إذا ارتكب فعلاً ضاراً تنفيذاً لأمر صادر من رئيس تجب طاعته لان ذلك يعد من أسباب الإباحة بتوفر الشروط التالية:
١- ان يكون كل من الأمر والمأمور موظفاً عاماً، وبذلك ليس لأفراد العائلة او موظفي القطاع الخاص او الوكيل التخلص من المسؤولية احتجاجاً بان أوامر صدرت إليهم من الأب او صاحب العمل او الموكل.
٢- ان يكون الأمر قد صدر من رئيس تجب طاعته وإن لم يكن الرئيس المباشر.
٣- ان يكون الأمر الصادر أمراً واجب الطاعة او يعتقد المأمور انه واجب الطاعة، وهو يكون كذلك إذا استهدف او اعتقد انه يستهدف مصلحة عامة، فإن صدر الأمر لغرض شخصي او مخالف للقانون انعدمت العلة من الإباحة وتحمل المأمور المسؤولية كأن يأمر الرئيس المرؤوس بضرب المراجعين.
٤- ان يثبت المأمور انه كان يعتقد مشروعية الفعل والعمل الذي أتاه وانه اتخذ الحيطة والتبصر والحذر.
إذا توفرت الشروط رفعت المسؤولية عن الموظف العام وتحملها رئيسه وقد تتحملها الحكومة طبقاً لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

الموضوع الثاني

تطبيقات خاصة لفكرة الخطأ في القانون المدني العراقي

الفرع الاول

إساءة استعمال الحق

المسؤولية التقصيرية الناشئة عن إساءة استعمال الحق: يراد بهذه المسؤولية، إلزام الشخص الذي يمارس حقاً من حقوقه دون ان يتجاوز حدوده بتعويض الغير عن الضرر الذي ينشأ عن استعمال الحق على نحو ينحرف به عن وظيفته الاجتماعية التي تحددها قيم المجتمع ومصلحته.
معيار إساءة استعمال الحق: اختلف الفقه في تحديد معيار الاستعمال المشروع وغير المشروع للحق فذهب البعض إلى انه نية الإضرار ورأى آخرون انه انعدام المصلحة المشروعة لصاحب الحق عند استعماله، وبرأينا ان هذا الخطأ ذو طبيعة خاصة فهو يتعلق بروح الحق وغرضه الاجتماعي وان المعيار الأصوب هو ما ورد في تعريفنا بأنه استعمال الحق على نحو ينحرف به عن وظيفته الاجتماعية التي تحددها قيم المجتمع ومصلحته.
موقف الفقه الإسلامي من نظرية إساءة استعمال الحق: تولى فقهاء المسلمين صياغة نظرية إساءة استعمال الحق معتمدين على روح الشريعة الإسلامية الغراء المشبعة بروح العدالة، وعلى الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار)،
وعلى القاعدة الفقهية (درأ المفاسد أولى من جلب المنافع).
نظرية إساءة استعمال الحق في القانون المدني العراقي: أولى المشرع العراقي نظرية إساءة استعمال الحق اهتماماً كبيراً ونص عليها في الباب التمهيدي وفي المادة السابعة من القانون المدني العراقي واعتبر إساءة استعمال الحق خطأً تقصيرياً يلتزم منه صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه كما انه نص في المادة السادسة منه (الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر).
وحسب أحكام المادة (٧) مدني عراقي ان استعمال الحق يكون غير جائز في الأحوال التالية:

أولاً - إذا قصد باستعمال الحق الإضرار بالغير: إذا استعمل شخصه ولم يقصد باستعماله سوى الإضرار بالغير تحمل مسؤولية فعله الضار، كمن يقيم جدار ليحجب النور عن جاره، او يضع مدخنة في داره لأضرار جاره، او ان يعير شخص اسمه لشركة لمنافسة شركة تحمل نفس الاسم وتنتج نفس البضاعة. ان هذه الحالة تعتد بمعيار نفسي في تقرير تحقق الإساءة وهو قصد الإضرار وعلى المضرور إثبات هذه النية فان لم يستطع فان القضاء جرى على استخلاصها من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق متى كان صاحبه على بينة من ذلك.

الحالة الثانية: استعمال الحق بقصد تحقيق مصلحة اقل أهمية من الضرر اللاحق بالغير بسببها

اذا كانت المصلحة المقصودة قليلة القيمة إذا قيست بالضرر الفادح اللاحق بالغير الناشئ عن استعمال الحق اعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه وترتبت مسؤوليته، وتقدير تناسب المصلحة مع الضرر مسألة وقائع تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية، والمعيار هنا موضوعي لا يعتد بالباعث النفسي وإنما بالموازنة بين المصلحة والضرر.

ومن تطبيقات الحالة نص المادة (١٢٩٢) مدني عراقي (ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط)،

الحالة الثالثة: استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة

ينبغي ان يكون استعمال الحق لتحقيق مصلحة مشروعة فان كانت غير مشروعة كأن يخالف حكم نص أمر او كان استعماله يخالف مقتضيات النظام العام والآداب العامة ثبتت عندئذ إساءة استعمال الحق وترتب الضمان. كأن يقوم مالك عمارة بإقامة حفلات صاخبة او اقتناء حيوانات شرسة لحمل المستأجرين على إخلاء شققهم.

الفرع الثاني
الإتلاف

يُعرف الإتلاف في الفقه الإسلامي، بأنه إخراج الشيء من مجال الانتفاع به منفعة مطلوبة عادة، والإتلاف على نوعين، أولهما الإتلاف مباشرة وهو ما يتحقق دون ان يفصل بين التلف وبين فعل المباشر حدث أخر وثانيهما الإتلاف تسبباً وهو ما يقع بفعل يرد على شيء يؤدي إلى تلف شي أخر، وإذا كان الفقه الإسلامي قد ميز بين نوعي الإتلاف من حيث الحكم فان المشرع العراقي لم يميز بينهما من حيث الحكم وأورد تطبيقات لها منها:

- نص المادة (١٨٧):(١- إذا هدم احد عقار غيره بدون حق، فصاحب العقار بالخيار، إن شاء ترك أنقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً مع التعويض عن الأضرار الأخرى، وإن شاء حط من قيمتها مبنياً قيمة الأنقاض واخذ هو الأنقاض وضمنه القيمة الباقية مع التعويض عن الأضرار الأخرى. ٢- ولكن إذا بناه الهادم كما كان أولاً وعوض عن الأضرار الأخرى فإنه يبرأ من الضمان).
- نص المادة (١٨٩):(١- إذا غر احد ضمن الضرر، فلو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني أذنته بالتجارة ، ثم ظهر بعد ذلك ان الصبي ولد غيره، فلأهل السوق ان يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الإضرار الأخرى).

الفرع الثالث
الغصب

يعرف الغصب لغة بأنه أخذ المال ظلماً، إي دون وجه حق.

ويعرف اصطلاحاً بأنه: أخذ مال متقوم مملوك للغير عن طريق التعدي على وجه يزيل يد صاحبه عنه.

والغصب قد يرد على مال منقول او عقار وفقاً لمشرعنا وفقاً للمادة (١٩٧) مدني عراقي مستمداً إياه من الإمام محمد والشافعي أما الإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف، ان الغصب لا يرد إلا على المنقول.

احكام الغصب:

١- يلزم الغاصب برد المغصوب عيناً وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجوداً، ولصاحبه طلب رده في المكان الذي عثر عليه فيه او طلب رده إلى مكان الغصب وعلى نفقة الغاصب والتعويض عن الأضرار الأخرى.

٢- إذا استهلك الغاصب المغصوب او أضاعه او أتلفه كلاً او بعضاً بتعديه او بدون تعديه ضمنه الغاصب قيمته إذا كان المال قيمياً ويضمن مثله إذا كان المغصوب مثلياً، يوم الغصب او يوم الخصومة على اختلاف بين الفقهاء.
٣- إذا كان المغصوب عقاراً التزم الغاصب برده إلى صاحبه مع اجر مثله، وإذا تلف العقار او نقصت قيمته لزمه الضمان، وبذلك استبعد مشرعنا القاعدة الفقهية (الأجر والضمان لا يجتمعان) وقرر وقوع الغصب على العقار.
٤- إذا تصرف الغاصب في المغصوب معاوضة او تبرعاً وتلف المغصوب كلاً او بعضاً كان للمغصوب منه الخيار في تضمين الغاصب او المتصرف إليه وللأخير الرجوع على الغاصب بضمان الاستحقاق.

أحكام التغيرات التي تطرأ على المغصوب:

١- إذا تغير المغصوب عند الغاصب، فالمغصوب منه بالخيار اما استرداد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى او ترك المغصوب والرجوع على الغاصب بالضمان.
٢- إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث تبدل اسمه كان ضامناً وبقي المغصوب له، فان كان المغصوب حنطة وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له.
٣- إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء من ماله عليه، فالمغصوب منه بالخيار إعطاء الغاصب قيمة الزيادة واسترداد المغصوب عيناً، او ترك المغصوب والرجوع على الغاصب بالضمان.
٤- إذا تناقصت قيمة المغصوب بعد الغصب فعلى المغصوب منه ان يقبله كما هو مع التعويض عن الأضرار الأخرى اما إذا كان النقصان بسبب استعمال الغاصب او بفعله لزمه الضمان.

حكم زوائد المغصوب: زوائد المغصوب مغصوبة مثله، فإذا هلكت ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان، كنتاج الأرض او الحيوان.

مسؤولية غاصب الغاصب: غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب. فان غصب احد المال المغصوب وتلف بيد الغاصب الثاني فالمغصوب منه بالخيار أما تضمين الغاصب الاول او الغاصب الثاني، وله ان يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الأخر الثاني، فان ضمن الاول كان له الرجوع على الثاني وان ضمن الثاني فليس له الرجوع على الاول. كذلك إذا اتلف أحد المال المغصوب الذي بيد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار أما الرجوع على الغاصب وهو يرجع على المتلف او تضمين المتلف ولا يكون لهذا الرجوع على الغاصب.
ان القاعدة الفقهية القاضية بتملك العين المغصوبة بالضمان هي أساس رجوع الغاصب الاول على الغاصب الثاني متى رجع المالك على الغاصب الاول بالضمان. لان الغاصب الثاني يكون قد غصب شيئاً من ملك الغاصب الاول بعد ان تملكه بدفعه الضمان للمالك. وتملك العين المغصوبة يرجع إلى يوم حدوث الغصب لا إلى يوم دفع الضمان.

حكم الحال المساو للغصب: تنص المادة (٢٠١) مدني عراقي (الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب، فالوديع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب) ان حكم هذه المادة يميز بين يد الأمانة ويد الضمان واثر التميز في تحمل تبعة الهلاك، فيد الضمان هي يد من حاز الشيء بقصد تملكه، ويد الأمانة تنقلب إلى يد ضمان إذا حبس صاحب اليد الشيء عن صاحبه دون وجه حق او أخذه دون إذنه، فالوديع إذا أنكر الوديعة يعتبر حبساً للشيء عن صاحبه دون وجه حق واستئثاراً بها لنفسه وسبباً في تحول يده من يد أمانة إلى يد ضمان فيعتبر بحكم الغاصب فيكون ضامنا للوديعة سواء هلكت بتعديه او بسبب قوة قاهرة.

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

تعني علاقة السببية أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي في المسؤولية العقدية وأن يكون نتيجة مباشرة للإخلال بواجبه القانوني في المسؤولية التقصيرية، ولا فرق بين النتيجة

الطبيعية والنتيجة المباشرة من حيث المعنى. وعلاقة السببية ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر فقد يقع الضرر وتنهض علاقة السببية ومع ذلك تنتفي صفة الخطأ عن الفعل الضار وقد يتوافر كل من الخطأ والضرر ولا تتحقق علاقة السببية بينهما كما لو قاد شخص سيارة دون اجازة سياقه ودهس شخصاً عبر الطريق فجأة ولم يكن بوسعه تفاديه.

- تثير علاقة السببية صعوبة تقديرها لسببين، أولهما تعدد النتائج التي تترتب على سبب او خطأ واحد، وهنا تتوافر علاقة السببية بالنسبة إلى النتائج المباشرة لذلك الخطأ وتوصف بأنها أضرار مباشرة ، وثانيهما اجتماع عدد من الأسباب في إحداث الضرر كأن يموت شخص يشكو من مرض القلب عند ضربه ضرباً ما كان يقضي على رجل سليم، فيدق هنا تقدير علاقة السببية فتعددت النظريات بشأن تحديد السبب الذي يعتبر الضرر نتيجته الطبيعية منها:

أولاً - نظرية تعدد او تكافؤ الأسباب للفقيه الألماني فون بري: وبمقتضاها ينبغي بحث الأسباب جميعاً على انفراد ليتحدد منها ما يمكن القول انه لولا حدوثه لما وقع الضرر، وتتعادل الأسباب التي تسببت بالضرر وتعتبر اسباباً لحدوثه، وفي ضوء هذه النظرية يعتبر كل من الضرب ومرض القلب في مثالنا سبباً للوفاة.

ثانياً - نظرية السببية الفعالة او السبب المنتج للفقيه الألماني فون كريس: ومفادها انه ينبغي عند تعدد الأسباب التمييز بين السبب الثانوي وبين السبب الفعال او المنتج ليعتد بالثاني وحده، وهو يعتبر كذلك إذا ثبت ان الضرر كان نتيجة له وانه كان كافياً لإحداث الضرر، وبمقتضاها يعتبر مرض القلب في مثالنا السبب الفعال في الموت.

وقد تبنى القضاء الفرنسي والمصري النظرية الاولى فترة طويلة من الزمن إلا إنهما عدلا عنها إلى النظرية الثانية التي تماثل اتجاه الفقه الإسلامي والتي يعول عليها القضاء العراقي.

إثبات علاقة السببية ونفيها: عبأ إثبات العلاقة السببية على عاتق مدعي التعويض لان عليه إثبات أركان المسؤولية، وإثباتها سهل في الغالب عن طريق قرائن الحال او قد تنفي الحاجة للإثبات لوضوح القرائن، ليتحول عبأ الإثبات من الدائن إلى المدين ليقع عليه عبأ نفيها بطريقتين مباشرة او غير مباشرة، ونفيها بطريق مباشر عن طريق إثبات ان خطأه التقصيري لم يكن السبب في الضرر الذي أصاب المدعي، أما الطريق غير المباشر فهو نفيها بإثبات سبب أجنبي دفع المدين لإحداث الضرر بفعله او ان السبب الأجنبي قد الحق الضرر مباشرة بالمدعي. ويقصد بالسبب الأجنبي كل فعل او حادث لا ينسب إلى المدين تترتب عليه استحالة منع وقوع الضرر.

انعدام علاقة السببية لقيام السبب الأجنبي وأثره في القانون العراقي:

تنص المادة (٢١١) مدني عراقي (إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كن غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او تفاق على غير ذلك). يتضح من النص ان صور السبب الأجنبي في قانوننا هي:

١- القوة القاهرة: الواقع ان مفهوم الآفة السماوية الحادث الفجائي يمكن إدراجهما ضمن مصطلح القوة القاهرة الذي تعني جميعاً كل قوة قاهرة لا تنسب إلى فعل البشر وليس بالوسع توقعها، كالزلازل والبراكين والفيضانات والأمطار وجميعها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضي التزام المدين ويعفى من الضمان.

٢- فعل الغير: يعتبر فعل الغير سبباً أجنبياً إذا اثبت المدعي عليه ان الضرر نتج عن خطأ شخص أجنبي عنه يستغرق خطأه عن طريق إثبات انتفاء العلاقة السببية بين خطئه والضرر، فان نجح في ذلك اعفي من المسؤولية ليتحملها الأجنبي. إما إذا كان هناك اشتراك في الخطأ بين المدعى عليه والغير وثبت علاقة السببية بين خطأ كل منهم، كان للضرر سببان واعتبرا مسؤولين بالتضامن تجاه الدائن وله ان يرجع على أيا منها بالتعويض كله ليرجع من دفعه على صاحبه بقدر نصيبه في المسؤولية حيث أنها توزع بينهما فيحكم على كل منهما بجزء يتناسب وجسامة خطئه ان أمكن تحديد ذلك وإلا قسم التعويض بينهما بالتساوي.

٣- خطأ المضرور: يعتبر خطأ المضرور سبباً أجنبياً كذلك إذا اثبت المدعى عليه ان المدعي تسبب بخطئه فيما أصابه من ضرر ولم تثبت علاقة السببية بين خطأ المدعى عليه وبين الضرر.

اما اذا ثبت اشتراك كل من المدعى عليه والمضرور بالضرر كان للضرر سببان وسميت هذه الحالة بالخطأ المشترك، وعندئذ توزع المسؤولية على المضرور والمدعى عليه حسب جسامة خطأ كل منهما. كحالة اصطدام رجلين وإصابة احدهما نتيجة خطأ الاثنين معاً. إلا انه إذا ان خطأ المصاب عمدياً او خطأ جسيماً يستغرق خطأ المدعى عليه فترفع المسؤولية عن الاخير، كما لو القي شخص بنفسه إمام سيارة مسرعة قاصداً الانتحار لأنه يتحمل وزر عمله وحده ولا مسؤولية على السائق. والحكم الذي تصدره المحكمة بالتعويض يجب ان يتضمن تقدير علاقة السببية بين الخطأ والضرر والتثبت من تحققها، وإلا كان عرضة للنقض من قبل محكمة التمييز.

المبحث الثاني
حكم تحقق المسؤولية التقصيرية (التعويض)
المطلب الاول
دعوى المسؤولية التقصيرية

طرفا دعوى المسؤولية التقصيرية: يقيم دعوى المسؤولية من أصابه الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع أو من ينوب عنه كالوكيل الولي والوصي والقيم. وإذا تعدد المضرورون جاز لأي منهم إقامة دعوى مستقلة للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وجاز لهم جميعاً رفع دعوى مشتركة للمطالبة بالتعويض الذي يستحقه أي منهم. إذا كان التعويض عن ضرر مادي رفع الدعوى المضرور أو خلفه العام أو الخاص وكذلك دائنه عن طريق الدعوى غير المباشرة. أما إذا كان التعويض عن ضرر أدبي فان من يرفع الدعوى المضرور او من ينتقل الحق بالمطالبة بالتعويض إليه بعد تقديره قضاءً او اتفاقاً كما سنوضح لاحقاً.

أما من ترفع عليه الدعوى، وهو المدعى عليه، فانه من يرتكب العمل غير المشروع أو من يسأل عنه قانوناً كالولي او القيم او الوصي، وإذا تعدد مرتكبو العمل غير المشروع جاز للمضرور إقامة الدعوى على أي منهم بكل التعويض او إقامتها عليهم جميعا، لأنهم مسؤولين قبله على وجه التضامن، ولأي منهم الرجوع على غيره بعد دفع التعويض كاملاً وفقاً لقواعد الرجوع بالتعويض.

إثبات المسؤولية التقصيرية: ان عبأ الإثبات على عاتق المدعي، لان البينة على المدعي، فعليه إثبات أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، لان الخطأ غير مفترض في دائرة المسؤولية عن الأعمال الشخصية.

ومادام التزام المدين هو التزام ببذل عناية، فانه يتسنى له نفي خطئه التقصيري بإثبات قيامه ما يجب عليه من حيطة وحذر، او إثباته ان ما يدعى عليه من إهمال لم يكن واجباً عليه، او إثبات ان إهماله يرجع إلى سبب أجنبي.

تقادم دعوى المسؤولية التقصيرية: لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع أياً كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقوع العمل غير المشروع. فلو اتلف مجهول مال شخص ولم تعرف هويته الا بعد مضي سبع سنوات فان الدعوى تسقط بالتقادم بعد مضي ثلاث سنوات من تاريخ معرفة هويته، ولو عرف الفاعل بعد مضي ثلاثة عشر عاماً فان الدعوى تسقط بالتقادم بعد مضي سنتين من معرفة هويته.

المطلب الثاني
التعويض: أنواعه وتقديره

تعريف التعويض: هو مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار.
فإذا توافرت أركان المسؤولية التقصيرية ثبت حكمها وهو التعويض دون حاجة لتوفر شرطين ينبغي توافرهما في المسؤولية العقدية وهما الإعذار او عدم وجود اتفاق للإعفاء منها.
والتعويض يدور وجوداً وعدماً مع الضرر ولا تأثير لجسامة الخطأ فيه،وينبغي ان يتكافأ مع الضرر دون زيادة او نقصان، فلا يكون كعقوبة او مصدر ربح للمضرور، وبذلك يختلف عن العقوبة لأنها تهدف إلى ردع المخطئ وتأديبه ويتأثر تقديرها بجسامة الخطأ حتى وان لم يتحقق ضرر.
والتعويض على صور شتى، نقدي وغير نقدي، تعويض عن ضرر مادي وضرر أدبي (معنوي)، كما يأتي:
التعويض النقدي وغير النقدي: الأصل ان يكون التعويض نقدياً وهو الشائع في دعاوى المسؤولية التقصيرية وتعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون أقساطاً او إيراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بتقديم تأمينات.
ولا مانع في قانوننا المدني ان يكون التعويض من غير النقود وفي هذه الحالة يبدو في صور ثلاث:
الاولى: الأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، كأن تحكم المحكمة بهدم حائط بناه شخص فسد الضوء على جاره.
الثانية: الحكم بأداء أمر معين، كأن يتخذ التعويض صورة نشر الحكم الصادر بإدانة المدعى عليه في دعوى القذف والسب في الصحف.
الثالثة: رد المثل في المثليات، كأن يحكم على شخص غصب من آخر كمية من الحبوب برد كمية تساوي ما غصب.
ويلاحظ انه لا يجوز الحكم بالتعويض غير النقدي إلا بناء على طلب المتضرر، لان الأصل هو التعويض النقدي، ولكن طلب المتضرر لا يلزم المحكمة وإنما يجعلها في الخيار بين نوعي التعويض، فان طلب المتضرر تعويض غير نقدي وعرض المدين تعويضا نقدياً جاز للمحكمة ان تحكم بتعويض نقدي او غير نقدي.
عناصر التعويض: ان التعويض عن الضرر المادي في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية يقوم على عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ويدخل في عنصر الخسارة المالية في نطاق المسؤولية التقصيرية، ما فات المتضرر من منافع الأعيان المقومة بالمال والتي جرده الفعل الضار من الانتفاع منها كحرق دار مؤجرة وما ضاع عليه من اجر كان يتلقاه قبل نزول الضرر به وقعوده عن العمل بعد إصابته، ويبدو الكسب الفائت في صورة ما إذا اتلف شخص سيارة اشتراها بمبلغ معين وحصل على وعد من آخر بشرائها بمبلغ اكبر، وعندئذ يشمل التعويض قيمة السيارة وهي الخسارة اللاحقة وما توقعه من ربح عند بيعها بثمن يزيد على ثمن شرائها وهو الكسب الفائت.
أما الضرر الأدبي فلا يتحلل إلى هذين العنصرين، وإنما يعتبر عنصراً قائماً بذاته، وفي حالة وقوعه، تتولى المحكمة تحديده بحيث يكون ترضية كافية للمضرور وهو وان لا يزيل الضرر الأدبي لا انه يخفف من وقعه كثيراً.
ومما يذكر ان على القاضي عند تقدير التعويض مراعاة الظروف الملابسة، وهي الظروف الشخصية المحيطة بالمضرور، كحالته الصحية ووضعه المالي، فإذا جرح مريض بالسكر فان تكلفة علاجه أكثر من الشخص السليم ومن يعيل عائلة كبيرة يتضرر جراء قعوده عن العمل بسبب الإصابة أكثر من الشخص غير المعيل.
أما الظروف الشخصية المحيطة بمرتكب الفعل الضار فلا يعتد بها لأن الأصل ان يعتد بجسامة الضرر لا بجسامة خطأ الفاعل وان كانت هذه الجسامة قد تؤثر في شعور القاضي عند تقريره التعويض وتكون من عناصر تحديده.
وإذا كان قانوننا المدني يخلو من الإشارة إلى الظروف الملابسة خلافاً للمشرع المصري فان الأخذ به من قبل القضاء العراقي أمر تقتضيه العدالة ولا يتعارض مع القواعد في العدالة.

التعويض عن الضرر الأدبي وانتقال الحق فيهما: يجري التعويض وفقاً لأحكام قانوننا المدني في نطاق المسؤولية التقصيرية عن الضرر المادي والأدبي، والضرر المادي هو كل ضرر يمس مصلحة ذات قيمة مالية للمضرور، أما الضرر الأدبي فهو ما يخل بمصلحة غير مالية للمضرور وهي وفقاً لقانوننا المدني كل تعد على الغير في حريته وشرفه، كالحبس دون وجه حق او السب والقذف كالمساس باعتباره الأخلاقي او الوظيفي او المالي.
وانتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي إلى الغير كالورثة والدائنين أمر متفق عليه في القوانين دون حاجة لاتفاق او حكم يقدره لأنه حق ذو قيمة مالية، أما انتقال الحق في التعويض عن الضرر فقد نصت عليه الفقرة ٣ من المادة (٢٠٥) مدني عراقي (ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق او حكم نهائي)، ويستفاد ممن النص ان التعويض عن الضرر الأدبي حق يتعلق بشخص المضرور فلا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق بين الدائن والمدين او صدر به حكم نهائي. فلا يحق لدائني المضرور رفع الدعوى غير المباشرة باسمه للمطالبة بحق تعويض مدينهم عن الضرر الأدبي إلا إذا تحددت قيمته اتفاقاً او قضاءاً.
أما في حالة وفاة المصاب كقتل أب او زوج او طفل او مجنون، فان التعويض عن الضرر المادي، كما سبق القول، ينتقل إلى للأزواج والأقربين من الأسرة الذين لم يحصرهم المشرع وترك أمر تحديدهم للقضاء.
أما التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن الوفاة فينبغي لتحديد من يستحقه التمييز بين ضررين:
الاول: التعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب المصاب وهو الموت لا ينتقل إلى الورثة إلا إذا حدد بموجب اتفاق او حكم نهائي قبل وفاة المصاب. الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب ذوي الميت في شعورهم وعواطفهم فيمكن لأحد الزوجين او الأقرباء من الأسرة المطالبة به ويتولى القضاء تحديده. ويلاحظ ان التعويض عن الضرر المادي يثبت لمن كان يعيلهم الميت ابتداءا وليس عن طريق الإرث وتوزعه بينهم حسب ما تنسبه، أما التعويض الذي يؤول إلى ذمة المتضرر بعد تحديده في حياته فيقتسم بعد وفاته حسب أحكام الميراث.
وقت تقدير الضرر الذي يحكم بالتعويض عنه: الأصل ان يقدر القاضي التعويض وقت تحمله، ولكن قد تزداد جسامة الضرر في الفترة بين حدوثه وبين النطق بالحكم بالتعويض عنه، وقد استقر رأي الفقه والقضاء على الاعتداد بتغير قيمة الضرر، وتقدير التعويض حسب جسامة الضرر يوم الحكم به لا يوم وقوع الفعل الضار، وعليه إذا أصيب المضرور بكسر في يده وتفاقم حتى أصبح عاهة مستديمة او خفت خطورته وقت النطق بالحكم وجب على القاضي ان يراعي ذلك عند الحكم بالتعويض، وإذا لم يتغير الضرر وإنما تغيرت أسعار السوق او سعر النقد فالعبرة بأسعارها يوم النطق بالحكم،أما إذا أصلح المضرور الضرر بنفسه ورجع على الفاعل فالعبرة بما دفعه فعلاً
ولا عبرة بتغير سعر النقد يوم الحكم. أما إذا تعذر على القاضي تقدير التعويض نهائياً وقت الحكم جاز له ان يترك للمضرور الحق في المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض خلال مدة معقولة يترك تقديرها للقضاء وتكون العبرة في تقدير التعويض النهائي بوقت النطق بالحكم، بشرط الا يكون تزايد الضرر قد نشأ عن تعمده وتقصيره فيجوز للمحكمة في هذه الحالة ان تنقص من مقدار ما يطالب به من تعويض وفقاً لسلطتها التقديرية حسب ظروف كل قضية.

المبحث الثالث

تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية عن طريق الاتفاق

تعتبر اغلب أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام، فلا يجوز تعديل أحكام دعواها من حيث الإثبات والتقادم أما حكم تحققها وهو التعويض فيتصور وقوعه في حالتين هما:
الحالة الاولى ـ الاتفاق على تعديل أحكامها قبل تحققها: فيما يتعلق بالاتفاق على التشديد من المسؤولية التقصيرية فأمر جائز، كما لو دعا شخص صديقه للركوب معه في سيارته وتعهد له بأنه سيكون مسؤول عن

أي ضرر يصيبه ولو كان بسبب أجنبي، كان الاتفاق صحيحاً بموجب المادة ٢١١ مدني عراقي ووجب عليه التعويض عن الضرر ولو نشأ عن سبب أجنبي، مع ان الأصل ان المسؤولية تنتفي بإثبات السبب الأجنبي.
وفيما يتعلق بالاتفاق على الإعفاء من حكم المسؤولية التقصيرية فباطل لتعلق أحكامها بالنظام العام.
أما الاتفاق على التخفيف من المسؤولية المدنية فانه أمر يثير خلافاً في الرأي إلا ان لفظ الإعفاء ينبغي ان يفسر بأنه يعني الاستبعاد كما يعني التخفيف، لان حق المصاب بالتعويض من النظام العام فلا يجوز التضييق منه، كما ان جواز التخفيف من أحكامها يفسح المجال لاقتراف الخطأ التقصيري،وهو ما يحرمه القانون.
وعليه فان اتفاق صاحب المصنع مع أصحاب الأملاك المجاورة على عدم مسؤوليته عما يلحقهم من أضرار يسببها وجود المصنع او عن غير الحريق، او تحديد مسؤوليته بدفع مبلغ زهيد محدد سلفاً عن الأضرار التي قد تصيبهم يعتبر باطلاً.
الحالة الثانية ـ التأمين من المسؤولية: يقصد بالتأمين من المسؤولية، عقد يبرم بين المسؤول وهو المؤمن له وبين المؤمن وهو شركة التأمين، يلتزم المؤمن بمقتضاه بتعويض الأضرار التي يلحقها المؤمن له بالمضرور.
ولما كان الإعفاء من المسؤولية والتأمين منها يتفقان في إفلات المسؤول من التعويض إلا إنهما يختلفان في ان الإعفاء يعفي المسؤول من التعويض نهائياً أما التأمين فانه ينقل عبأ التعويض من عاتق المسؤول إلى المؤمن.
والتأمين من المسؤولية جائز لكل أنواع الخطأ عدا الخطأ العمدي فلا يمكن للإنسان التأمين من مسؤوليته على إقدامه على إلحاق الضرر بالغير عمداً كإتلاف مال للغير قصداً. ولا يجوز لشركة التأمين ان تدفع لغير المتضرر مبلغ التأمين المتفق عليه كله او بعضه ما دام المتضرر لم يعوض عن الضرر الذي أصابه.

الفصل السابع
المسؤولية عن عمل الغير وعن الأشياء

نقسم هذا الفصل إلى مبحثين أولهما للمسؤولية عن عمل الغير وثانيهما للمسؤولية عن الأشياء.

المبحث الاول
المسؤولية عن عمل الغير

نبحث في مطلبين مسؤولية الشخص عمن هم في رعايته وكذلك مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

المطلب الاول
مسؤولية الشخص (الراعي) عمن هم في رعايته

تنص (م ـ ٢١٨) م.ع (١ـ يكون الأب ثم الجد، ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير.٢ـ ويستطيع الأب ان يتخلص من المسؤولية، إذا اثبت انه قام بواجب الرقابة، او ان الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب).
تحديد شخص المسؤول: قصر مشرعنا مسؤولية الإخلال بواجب رقابة من في رعاية شخص، على الأب أو الجد (أب الأب) وحدهما، خلافاً للمشرع المصري الذي وضع قاعدة عامة ترتب المسؤولية على كل من يجب عليه قانوناً او اتفاقاً رقابة شخص بحاجة للرعاية بسبب قصره او حالته العقلية والجسمية، كالصغير والمجنون والمشلول والأعمى... . وموف مشرعنا مقصود لأنه يفهم من نص المادة (١٩١) أن مسؤولية الصغير مميزاً او غير مميز ومن في حكمهما هي أصلية وجوبية مخففة خلافاُ للمشرع المصري، ولذلك عمد إلى تضييق نطاق مسؤولية الراعي (الأب أو الجد) فأضحت مسؤوليتهم مسؤولية استثنائية قررت بالنص خلافاً للقواعد العامة لأنها تقوم على خطأ مفترض، ولما كان الاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه فيمكن القول ان الأب والجد مسؤولين لوحدهما عن الصغير مميزاً كان او غير مميز، ولا يسألون عن غير الصغير كالمعتوه والمجنون إذا جاوزا سن البلوغ وانتهى عنهما وصف القصر. وعليه فان المضرور يرجع على الأب

أو الجد بالتعويض عن الضرر الذي يحدثه الصغير سواء كان يملك مالاً او لا يملك وبمقتضى المادة (٢١٨) التي تقرر عليهما مسؤولية أصلية وإجبارية تقع على عاتقيهما.

شروط قيام هذه المسؤولية:يجب توفر شرطين اولهما وجود شخص في رعاية او تحت رقابة شخص آخر وثانيهما صدور عمل غير مشروع من المشمول بالرعاية:

أولا: وجود شخص في رعاية او تحت رقابة شخص آخر: لا تنهض هذه المسؤولية إلا إذا وجد شخص في رعاية او تحت رقابة شخص آخر هو الأب او الجد وارتكب الصغير فعلاً الحق بالغير ضرراً، لان مناط هذه المسؤولية هو الإخلال بواجب الرقابة على الصغير وعلى أساس خطأ مفترض في جانب الأب او الجد هو عدم بذل الرقابة اليقظة على الصغير التي تحول دون إضراره بالغير. ويلاحظ على النص العراقي ما يلي:

١- ان مشرعنا لم يشترط المساكنة، إي اتحاد المسكن بين الراعي والصغير، فسلطة الرقابة تكفي لوحدها لترتب المسؤولية على الأب أو الجد سواء كان الصغير يسكن مع أبيه او جده او مستقل عنهما في سكنه.

٢- ان مشرعنا لم يحدد سناً معينة للصغر إذا بلغها الصغير ترتفع بعدها مسؤولية الراعي، والراجح انها بلوغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة.

٣- ان مشرعنا حصر واجب الرقابة في الأب والجد ولم يجز انتقاله إلى غيرهما.

٤- ان قانوننا المدني قصر مسؤولية الراعي على حالة القصر وحدها دون ان يمدها إلى حالة الرعاية بسبب الحالة العقلية والجسدية، وقصرها على حالة الرعاية الواجبة قانوناً دون الرعاية الواجبة اتفاقاً.

ثانياً ـ صدور عمل غير مشروع من المشمول بالرعاية: فلا تترتب هذه المسؤولية إلا إذا صدر من الصغير عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير، وقد أثير تساؤل عندما ينسب إلى الصغير غير المميز خطأ وهو لا يدرك والإدراك احد عناصر الخطأ في أكثر القوانين، وقر برر الفقهاء مسؤولية الراعي عن فعل عديم التمييز بأمرين:

أولهما: ان افتراض مسؤوليته يعتمد على عنصر التعدي دون العنصر النفسي وهو الإدراك او التمييز باعتباره من الظروف الداخلية التي لا يعتد بها.

ثانيهما: ان مقتضيات العدالة تقضي لتيسير حصول المضرور على التعويض ان لا تعلق مسؤولية الراعي على خطأ الصغير وإنما تستند إلى الضرر الذي يحدثه بفعله.

أساس مسؤولية الراعي ونفيها: تقوم مسؤولية الراعي في جميع القوانين ومنها قانوننا على أساس خطأ مفترض في الرعاية قابل لإثبات العكس، فان ارتكب الصغير عملاً غير مشروع افترض القانون إخلال الراعي وتقصيره بما يجب عليه من رقابة الصغير او إساءة تربيته او هما معاً، وحسب المادة ٢١٨ مدني عراقي فان القانون يبيح للراعي (الأب او الجد) التخلص من المسؤولية بطريقين أولهما نفي قرينة الخطأ المفترض في جانبه مادام ان التزامه هو التزام ببذل عناية وثانيهما نفي علاقة السببية، وذلك بإثباته انه قام بما ينبغي عليه من واجب الرقابة وانه اتخذ الاحتياطات لمنع الصغير من الإضرار بالغير وانه لم يسيء تربية الصغير ويخضع ذلك لتقدير القاضي دون رقابة محكمة التمييز ، كما يستطيع ان ينفي علاقة السببية بين الضرر الحاصل للغير وبين خطئه المفترض وذلك بإثبات وجود سبب أجنبي كقوة قاهرة او خطأ المضرور او خطأ الغير، كأن يثبت ان الخطأ وقع بصورة مفاجئة وعلى نحو لا يمكن توقعه او تحاشيه.

أحكام هذه المسؤولية: إذا لم يفلح الراعي في نفي خطئه المفترض او نفي علاقة السببية حق عليه حكمها وهو تعويض المضرور عن الضرر الذي ألحقه به من هو تحت الرعاية، إلا ان مسؤولية الراعي والمرعي قد تنهض معاً وفقاً لقانوننا فان كانت مسؤولية الراعي تقوم على أساس خطأ مفترض قابل لإثبات العكس فان مسؤولية الصغير تقوم على أساس خطأ ثابت، ويترتب على ذلك ان للمضرور ان يرجع على الراعي بكل التعويض على أساس مسؤولية الراعي عمن هو تحت رعايته وللأخير الرجوع على الصغير بما ضمنه، وله ان يرجع على الصغير مميزاً او غير مميز على أساس خطأ ثابت بكل التعويض وليس للصغير ان يرجع على الراعي بما دفعه لان الخطأ خطئه لا خطأ الراعي. فان تعذر الحصول من الصغير على التعويض جاز للمحكمة ان تلزم الراعي بدفع مبلغ التعويض وله حق الرجوع على الصغير بما دفع.

المطلب الثاني
مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه

تنص المادة (٢١٩) مدني عراقي على انه (١- الحكومة والبلديات والمؤسسات التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية او التجارية، مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم. ٢- ويستطيع المخدوم ان يتخلص من المسؤولية إذا اثبت انه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر، او ان الضرر كان لابد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية).

تحديد شخص المتبوع المسؤول: لم يضع مشرعنا قاعدة عامة قرر مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه الضارة كما فعلت القوانين الحديثة ومنها المصري، لأنه حدد أشخاص المتبوعين المسؤولين عن أعمال تابعيهم وهم الحكومة والبلديات والمؤسسات التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص حقيقي او معنوي يستغل إحدى المؤسسات الصناعية او التجارية، وعليه لا يتحمل هذه المسؤولية الأفراد الذين يستغلون مؤسسات ليست صناعية او تجارية، كما لا يتحملها الأفراد الذين لا ينشئون مؤسسات وان مارسوا نشاطاً صناعياً او تجارياً. وعليه لا يسأل الشخص في قانوننا عن أخطاء خادمه او سكرتيره او طباخه او سائق سيارته ..... .

شروط قيام هذه المسؤولية: ينبغي لقيام هذه المسؤولية توافر شروط ثلاثة هي:

اولاً - قيام علاقة التبعية بين من يراد الرجوع عليه وبين محدث الضرر: تقوم رابطة التبعية متى ما توافرت للمتبوع سلطة فعلية في رقابة المتبوع وتوجيهه حتى يمكن مساءلته عن أفعال تابعه الضارة، سواء كانت السلطة ناشئة عن عقد او علاقة صاحب المؤسسة بعماله وسواء كان العقد باطلاً او كان التابع غير مأجور إي يقدم عمله بلا اجر، كما لا يشترط ان يكن التابع حراً في اختيار تابعه وليس من الضروري ان يملك حق فصله ولا يشترط ان تكون هذه السلطة شرعية ما دام يمارسها فعلاً او كان في وسعه ممارستها وان لم يستعملها. فالمهم هو قيام السلطة الفعلية للمتبوع في الرقابة والتوجيه وحق محاسبة المتبوع إذا خرج عن أمره. ويمكن ان يكون الشخص تابعاً لعدة أشخاص في عمل مشترك عند توفر السلطة الفعلية لهم جميعاً.

ومع ذلك فان السلطة الفعلية والمسؤولية قد تنتقل إلى شخص أخر، فان أعارت دائرة سيارتها مع سائقها إلى دائرة أخرى، فان الأخيرة تصبح متبوعاً عرضياً وهي المسؤولة عن الأفعال الضارة الخاطئة الصادرة من السائق التابع.

ويترتب على ما تقدم ان زوال حق الرقابة والتوجيه يؤدي إلى زوال السلطة الفعلية ومن ثم علاقة التبعية، وعليه لا يعتبر الطبيب الذي يعمل في المستشفى الخاص لحسابه تابعاً لإدارة المستشفى، ولا يعتبر الشركاء تابعين للشركة، كما لا يعتبر المقاول تابعاً لرب العمل لأنه في الغالب مستقل في عمله ، واستقلال المقاول هو ما يميز عقد المقاولة عن عقد العمل.

ويلاحظ ان السلطة الفعلية لا تقتضي إلمام المتبوع بأعمال تابعه فلا تشترط القدرة على التوجيه الفني إذ تكفي القدرة على الرقابة الإدارية، فالطبيب الذي يعمل لحساب المستشفى الخاص يعتبر تابعاً لمديرها وان لم يكن الاخير طبيباً. وقد يكون المتبوع صبياً غير مميز فيخضع لرقابة وتوجيه من ينوب عن الصبي كالولي والوصي والقيم.

ثانيا ـ صدور خطأ من التابع: ان مسؤولية التابع هي أساس مسؤولية المتبوع، فيجب لقيام مسؤولية المتبوع تحقق مسؤولية التابع وهي لا تتحقق إلا بتوفر وثبوت أركانها وفي مقدمها ركن الخطأ، سواء قامت مسؤولية التابع على خطأ ثابت او على أساس خطأ مفترض قابل لإثبات العكس كخطئه في رقابة غيره او غير قابل لإثبات العكس كخطئه في حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة لم يقم بها كما تقضي بذلك بعض القوانين. فان لم يرتكب التابع فعل خاطئ لن تتحقق مسؤوليته وبالتالي لن تتقرر مسؤولية المتبوع، وكذلك الحال إذا كان التابع في حالة دفاع شرعي او ارتكب الفعل الضار لأن سبباً أجنبياً اضطره إلى ارتكابه انتفت المسؤولية عنه ورفعت المسؤولية بالتالي عن المتبوع.

ثالثاً ـ صدور خطأ التابع أثناء قيامه بخدمة متبوعه: عبر المشرع عن هذا الشرط بالقول (أثناء قيام المستخدمين بخدماتهم) وعب عنه المشرع المصري بالقول (في حال تأدية التابع وظيفته او بسببها)، والواقع ان تكيف خطأ التابع بأنه يدخل في حدود وظيفته او يخرج عنها أمر يدق أحيانا وأثار ذلك خلافا في الفقه والقضاء، ومن المتصور ان يصدر الخطأ من التابع في أربع حالات نتولى دراستها لبيان أياً منها يدخل في حدود وظيفته او يخرج عنها:

الحالة الاولى ـ خطأ التابع أثناء تأديته الوظيفة او الخدمة: وهي الحالة الوحيدة التي يعتد بها مشرعنا وعبر عنها بالقول (أثناء قيام المستخدمين بخدماتهم) ،وتجمع القوانين على تحقق مسؤولية المتبوع عنه في هذه الحالة إذا توافرت شروط مسؤولية التابع ، ويتحمل المتبوع المسؤولية عن الفعل الضار الواقع من التابع وان لم يعلم به او لم يأمر به او كان معارضاً له او تجاوز المتبوع حدود وظيفته او أساء استعمالها.

وعليه يسأل الشخص عن أخطاء سائقه إذا تجاوز السرعة المقررة فدهس شخصاً، ويسأل المستشفى عن خطأ ممرضة أعطت المريض سماً بدل الدواء، وتسأل مؤسسة البريد عن تقصير موزع البريد إذا أضاع البريد او سرقه، وتسأل المؤسسة التجارية عن قيام احد موظفيها بضرب احد العملاء في احد مخازنها أو معارضها.

الحالة الثانية ـ الخطأ بمناسبة الوظيفة: ويقصد به الخطأ الذي تيسر الوظيفة ارتكابه او تهيئ الفرصة لارتكابه دون ان تكون الوظيفة ضرورية لإمكان ارتكابه او للتفكير في ارتكابه، كما لو تعقب سائق سيارة حكومية خصمه ودهسه، او كعبث شرطي بسلاحه الحكومي في داره وإصابته احد ضيوفه بمقتل، وكان هذه الحالة محل خلاف في الفقه والقضاء الا ان الاتجاه الحديث هو عدم تحقق مسؤولية المتبوع في هذه الحالة لانتفاء السببية المباشرة بين الخطأ المفترض والضرر.

الحالة الثالثة ـ الخطأ بسبب الوظيفة: ويقصد به الخطأ الذي يقع في نشاط خارج الوظيفة بالذات ولكنه يعتبر امتداد لها لارتباطه بها برابطة سببية مباشرة، ومن تطبيقات القضاء المصري،مسؤولية الحكومة عن جريمة قتل اركبها خفيران كلفهما العمدة بحراسة صراف ذاهب إلى مركز المدينة في عمل من أعمال وظيفته، فانقضا عليه في الطريق وقتلاه، ذلك لان الوظيفة كانت ضرورية لارتكاب الخطأ.

ويقع الخطأ بسبب الوظيفة في حالتين، أولهما ان يقوم التابع بعمل يجاوز ما تتطلبه وظيفته، كأن يكلف رجل امن بتفتيش شخص فيسيء معاملته ويضربه،وثانيهما:ان يسيء استعمال وظيفته، كأن يخرج سائق سيارة يملكها شخص أخر في نزهة فيدهس شخص في الطريق.

ويرد على هذه الحالة قيدين لا تتحقق فيهما مسؤولية المتبوع، أولهما: ان يكون التابع قد ارتكب الفعل الضار بدافع شخصي، كتدخل شرطي في فض نزاع فيقتل احد الحاضرين معتقداً انه قتل أخاه. وثانيهما إذا كان المضرور يعلم بمجاوزة المتبوع لحدود وظيفته او ينبغي عليه ان يعلم بذلك، كأن يدعو سائق سيارة صديقه للركوب معه دون علم مالكها، والصديق يعرف ذلك، ويصاب الصديق بحادث يلحق به ضرراً.

الخطأ الأجنبي تماماً عن الوظيفة: ان مسؤولية المتبوع لا تتحقق عن خطأ يرتكبه التابع لا علاقة له بوظيفته لانتفاء الخطأ المفترض وهو أساس المسؤولية وهو ينتفي عند انتفاء العلاقة المكانية والزمانية بين الفعل الضار والوظيفة، كقيام التابع بعد الدوام الرسمي بجريمة سرقة او قتل ،ويمكن ان يكون الخطأ أجنبيا عن الوظيفة ولو وقع في زمان ومكان تأديتها، فلا تسأل الحكومة عن فعل موظف استقبل في مكتبه دائناً له فتشاجرا واعتدى الموظف على دائنه بالضرب.

أساس مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه وطرق التخلص منها:
اختلفت التشريعات وتباينت اتجاهات الفقه والقضاء في تحديد أساس هذه المسؤولية، فمنهم من أقامها على أساس خطأ مفترض قابل لإثبات العكس ومنها من جعله غير قابل لإثبات العكس بينما أقامها آخرون على أساس مبدأ تحمل التبعة بينما اعتمد بعض الفقه الفرنسي والمصري فكرة الضمان.
موقف القانون المدني العراقي: اعتبر مشرعنا أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه خطأ مفروضاً قابلاً لإثبات العكس، فيستطيع المتبوع نفي خطأه بإثباته انه اتخذ الحيطة الكافية والعناية اللازمة لمنع وقوع الضرر كما يستطيع الإفلات من المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطأه المفترض والضرر الذي أصاب الغير بفعل تابعه.
أحكام هذه المسؤولية: حسب المادة (٢٢٠) مدني عراقي (للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بما ضمنه).
ان مسؤولية المتبوع لا تتحقق إلا عند ثبوت مسؤولية التابع بتوافر أركانها، وعند ترتبها يكون إمام المضرور شخصان يستطيع الرجوع على أي منهما ، احدهما محدث الضرر ومسؤوليته تقوم على أساس خطأ يجب على المضرور إثباته. ثانيهما، المتبوع ومسؤوليته تقوم على خطأ مفترض ولكنه خطأ يقبل إثبات العكس، فيستطيع المتبوع نفي خطأه كما يستطيع الإفلات من المسؤولية بنفي علاقة السببية بين خطأه المفترض والضرر الذي أصاب الغير بفعل تابعه. فإذا رجع المضرور على التابع وتقاضى منه التعويض انتهى الأمر عند هذا الحد، أما إذا رجع على المتبوع وثبتت مسؤوليته ودفع التعويض أمكن للمتبوع الرجوع على التابع بما دفعه من تعويض، ومع ذلك قد لا يحكم للمتبوع بكل ما دفعه إذا كان قد اشترك مع التابع في الخطأ، كأن يكون هو من أمره بارتكابه او ساعده عليه، وعندها تقسم المحكمة التعويض بينهما حسب جسامة خطأ كل منهما، فان لم تستطع تحديد نصيب كل منهما وزعت التعويض عليهما بالتساوي.
ويلاحظ ان الغالب ان يرجع المضرور على المتبوع دون التابع لأنه الشخص الأكثر يساراً وملاءة.

المبحث الثاني
المسؤولية عن الأشياء

نتكلم عن هذه المسؤولية في ثلاثة مطالب.

المطلب الاول
المسؤولية عن الحيوان

تحديد الحيوان الذي ترتب المسؤولية على ما يحدثه من الضرر: هو كل حيوان حي مملوك داجن او غير داجن، مفترس او غير مفترس، أما الحيوان الميت فلا تتحقق المسؤولية عنه إلا إذا كان في رقابة وحراسة شخص وكانت هذه تتطلب منه منع ضرره بالغير، ولا مسؤولية عن الحيوانات غير المملوكة كالطير والجراد والحيوانات المفترسة التي تهاجم من ارض شخص، حيوانات داجنة في ارض شخص آخر.
من تقع عليه هذه المسؤولية: هو صاحب الحيوان او حارسه، وهو من كانت له سيطرة فعلية تمكنه من قيادته وتوجيهه ورقابه، سواء كان هو المالك او وكيله او الوديع او المستأجر او المستعير او الأجير او الراعي، سواء كانت سيطرته مشروعة او غير مشروعة كالسارق والغاصب، وحسب تعبير الفقه الإسلامي فان (ضمان جناية العجماء يجب باليد لا بالملك).
شروط تحقق هذه المسؤولية: وهما شرطان
اولاً - ان يحدث الضرر بفعل الحيوان: اي بعمل ايجابي منه، كرفس او عض او نطح او دهس، ولا مسؤولية بدون فعل ايجابي منه كما لو اصطدم إنسان بحيوان، ولا يشترط لتحقق المسؤولية حصول تماس مباشر بين

الحيوان والمضرور، كما لو هاج حيوان مفترس في سيرك وفلت من قفصه وذعر الناس وتدافعوا فأصاب بعضهم الضرر.

ثانيا - ان ينسب إلى صاحب الحيوان خطأ في توجيهه ورقابته: فلا تتحق مسؤولية صحب الحيوان او حارسه إلا إذا نسب إليه خطأ في توجيهه ورقابته، ولذلك فهو غير مسؤول إذا تسبب المضرور بخطئه في إحداث الضرر كما لو استفز الحيوان فهاج والحق به ضرراً، او كان الغير تسبب قي ذلك كما لو ألقى احد المارة حجارة على الحيوان أثارته فالحق بالغير ضرر، ففي الحالتين لا ينسب لصاحب الحيوان او حارسه خطأ وإنما لسبب أجنبي.

أساس هذه المسؤولية وطرق التخلص منها: اختلف أساس هذه المسؤولية حسب نصوص قانوننا المدني فالأصل أنها تقوم على أساس خطأ ثابت حسب المادة (٢٢١) م.ع، بينما أشارت المواد اللاحقة إلى صورتين آخريين للخطأ، هما خطأ مفروض قابل لإثبات العكس و خطأ مفروض غير قابل لإثبات العكس. وعليه يستطيع صاحب الحيوان ان يتخلص ن المسؤولية تبعاً لطبيعة الخطأ المنسوب إليه، فإن كان خطؤه مما يجب إثباته وجب على المضرور ان يثبت ان صاحب الحيوان لم يتخذ الحيطة لمنع وقوع الضرر، ويستطيع صاحب لحيوان التخلص بإثباته انه اتخذ الحيطة الكافية، او اثبت ان ما ادعاه المضرور من إهماله لم يكن واجباً عليه قانونا، او اثبت ان الضرر يرجع لسبب أجنبي. أما إذا كان الخطأ مفترض في جانبه ويقبل إثبات العكس، فيعفى المضرور من إثبات خطأ صاحب الحيوان ويستطيع الاخير التخلص بإثباته انه اتخذ الحيطة الكافية ، او اثبت ان الضرر يرجع لسبب أجنبي، إما إذا كان خطئه المفترض لا يقبل إثبات العكس قلا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

المطلب الثاني
المسؤولية عن البناء

يضح من نصوص المواد (٢٢٩، ٢٣٠) مدني عراقي ان المسؤولية عن البناء بدو في صورتين، الاولى: المسؤولية الناشئة عن انهدام البناء أو سقوطه والثانية: المسؤولية عما يلقى او يسقط من المسكن.

الصورة الاولى: المسؤولية الناشئة عن انهدام البناء أو سقوطه:

- تحديد معنى البناء: البناء هو كل ما شيد بيد الانسان من مواد إنشائية، كحديد او خشب او طابوق وغيرها واتصل بالأرض اتصال قرار، كالمساكن وحظائر الحيوان او المخازن والجسور والتماثيل والمعامل وكذلك ما يستقر في باطن الأرض كالمجاري والأنابيب او قائما بذاته كالخزانات او كان جزءاً من البناء كأسلاك الكهرباء المثبتة في الجدران والأبواب والشبابيك والمداخن، أما العقار بالتخصيص فلا يعتبر بناء.
- من تقع عليه هذه المسؤولية: تقع المسؤولية وفقاً لقانوننا المدني على صاحب البناء هو من يتحمل المسؤولية عن تهدمه او سقوطه، سواء كان في حيازته في حيازة شخص آخر كالمستأجر او المستعير او الدائن المرتهن .... .
- شروط تحقق هذه المسؤولية: يجب لتحقق هذه المسؤولية توفر شرطان هما:

أولاً- نشوء الضرر من انهدام البناء او سقوط لميلانه او لعيب فيه: فان لم يكن انهدام او سقوط العقار لميلانه او لعيب فيه بل بسبب أخر كصاعقة او زلزال او سقوط قذائف، فلا تترتب المسؤولية، ويستوي لقيام هذه المسؤولية انهدام البناء كلياً او جزئياً او سقوط شباك او انهيار شرفة و انهدام سقف.

ثانياً - إهمال صاحب البناء صيانته: ان انهدام البناء او سقوطه يجب ان ينشأ عن إهمال في الصيانة، فان كان المالك عالماً بالعيب او ينبغي عليه ان يعلم او غير عالم بذلك ونبه إليه من شخص أخر ولم يقم بصيانة البناء تحمل المسؤولية، أما إذا وقع الانهدام أثناء البناء وقبل التسليم فان المسؤولية تترتب على عاتق المقاول لا عليه.

أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها: يجب التمييز بين حالتين،

أولهما: حالة إذا كان المالك عالماً بالعيب او ينبغي عليه ان يعلم او كان قد نبه إلى ذلك، فان مسؤوليته تقوم على أساس خطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس، لان تراخيه عن القيام بما يجب عليه من توقي الضرر يعتبر تقصيراً لا يستطيع نفيه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ثانيهما: إذا كان المالك عالماً بالعيب او ينبغي عليه ان يعلم دون ان ينبه إلى ذلك: والراجح ان المسؤولية هن تقوم على أساس خطأ مفروض فرضاً قابلا لإثبات العكس، فيعفى المضرور من إثبات خطأ صاحب البناء، ولكن الاخير يستطيع التخلص من المسؤولية بنفي خطئه بإثباته انه لا يعلم بحالة البناء ولم يكن بإمكانه العلم، كإثباته انه يقيم في مكان بعيد عن البناء او انه قدم إليه كهدية من وقت قريب ولم يتمكن من تبين حالته او إثباته السبب الأجنبي.

توقي الضرر قبل حدوثه: لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ التدابير اللازم لدرء الخطر فإن لم يقم بذلك جاز للمهدد بالخطر استئذان المحكمة في اتخاذها لمنع الضرر عنه على نفقة المالك.

الصور الثانية ـ المسؤولية الناشئة عما يلقى او يسقط من المسكن:

حسب المادة ٢٣٠ مدني عاقي يسأل كل من يقيم في مسكن عن الضرر الذي نشأ عما يلقى أو يسقط من مسكنه ما لم يثبت انه أتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر.

من تقع عليه هذه المسؤولية: تنصب المسؤولية على الساكن أي كل من يقيم في مسكن سواء كان المسكن داراً او او شقة او فندقاً او خاناً وسواء كان الساكن هو المالك او المستأجر او مرتهناً او مستعيراً، بسبب الأضرار الناشئة عما يلقى او يسقط من مسكنه كحجارة ترمى او أوساخ او مبردة هواء او غيره، فيصيب الغير بضرر. وإذا تعدد الساكنون كانوا مسؤولين بالتضامن، أما الساكن العرضي كالضيف في المنزل او النزيل في فندق فلا يسأل إلا إذا اثبت رب البيت او صاحب الفندق خطأه، لان المسؤولية تقع على رب البيت او صاحب الفندق ابتداءاً وعلى أساس خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس.

أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها: تقم مسؤولية الساكن على أساس خطأ مفترض فرضاً قابلاً لإثبات العكس، فان تسبب للغير بضرر عما القي او سقط من مسكنه افترض القانون خطأه. ويستطيع الساكن نفي خطئه بإثباته انه اتخذ الحيطة الكافية لمنع الضرر او بإثبات السبب الأجنبي.

المطلب الثالث

المسؤولية عن الآلات الميكانيكية والاشياء الأخرى

تحديد المقصود بالأشياء غير الحية: تبدو الأشياء غير الحية التي تثير هذه المسؤولية،عدا البناء، على نوعين، أولهما الآلات الميكانيكية وهي الأشياء تسيرها قوة دافعة سواء كان مصدرها الكهرباء او البخار او المحروقات او اليد او الشلالات وثانيهما الأشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها كأسلاك الكهرباء وأنابيب المياه والمواد المتفجرة والمواد سريعة الالتهاب كالبنزين والأسلحة والآلات الجارحة ومع ذلك فان تقدير هذه الأشياء متروك إلى قاضي الموضوع لأنه مسألة وقائع لا تخضع في التقدير لرقابة محكمة التمييز.

من تقع عليه هذه المسؤولية: تقع المسؤولية وفقاً للمادة (٢٣١) مدني عراقي، على كل من كان تحت تصرفه الآلات الميكانيكية او أشياء الأخرى التي تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها. والمقصود بالتصرف هو من له السيطرة الفعلية على الشيء فيكون المالك او الحائز هو المسؤول عما يحدثه من ضرر ، كما هو الحال في المسؤولية عن الحيوان، سواء كان هو المالك او المستعير او المستأجر او الوديع او الحائز بسوء نية كالسارق والمغتصب، وقد لا يستعمل صاحب اليد سلطة التصرف فينيطها بشخص أخر كما لو أعطى مالك السيارة عجلة القيادة إلى ابنه او زوجته ومع ذلك يبقى هو المسؤول لان السيارة تظل تحت سيطرته الفعلية وان انتقلت عجلة القيادة منه لآخر، أما إذا اخذ أيا من هؤلاء السيارة دون إذن مالكها لقضاء مصالح خاصة او للنزهة فان السيطرة الفعلية تنتقل إليه ويكون هو المسؤول عن الضرر التي تحدثه.

شروط تحقق المسؤولية: يجب لتحقق هذه المسؤولية توفر شرطان هما:

أولاً - ان تكون الآلة او الشيء تحت تصرف شخص: وقد حددنا معنى التصرف وقلنا انه من له السيطرة الفعلية على الشيء.
ثانياً: ان يقع الضرر بتدخل الآلة او الشيء غير الحي تدخلاً ايجابياً: ويقصد بالتدخل الايجابي ان تكون الآلة او الشيء في وضع يسمح له عادة بإحداث الضرر، كأن تكون الآلة في وضع حركة او ان الشيء في غير وضعه الطبيعي، أما إذا كان دورهما سلبياً كأن السيارة كانت واقفة واصطدم بها شخص وأصابه ضرر فلا تتحقق المسؤولية. ويلاحظ انه لا يشترط لتحقق الضرر ان يكون هناك اتصال مباشر بين الآلة او الشيء والمضرور متى ما فعل الشيء سبباً مباشراً لوقوع الضرر، فان وقفت سيارة فجأة بدون إشارة فاضطر سائق يسير خلفها إلى الانحراف فوقع في حفرة، او استعمل سائق آلة التنبيه فجأة فذعر احد المارة فوقع وانكسر ساقه، فيعتبر الشيء قد تدخل ايجابياً وتحققت مسؤولية من له السيطرة الفعلية عليه.
أساس هذه المسؤولية وسبل التخلص منها: تقوم هذه المسؤولية وفقاً لقانوننا المدني، على فكرة تقصير من كان تحت تصرفه شيء يتطلب عناية خاصة للوقاية من ضرره، في عدم اتخاذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر، وهي فكرة الخطأ في الحراسة، وأساسها هو خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، مما يعني ان هناك طريقين للتخلص من هذه المسؤولية أولهما نفي قرينة خطئه المفترض بإثباته انه اتخذ الحيطة الكافية والعناية اللازمة لمنع وقوع الضرر ، وثانيهما إثبات السبب الأجنبي كقوة قاهرة او خطأ الغير او خطأ المضرور.

الباب الرابع
الكسب دون سبب

يُعرف الكسب دون سبب (الإثراء دون سبب) بأنه: اغتناء ذمة شخص بسبب افتقار ذمة شخص آخر دون سبب مشروع.

الفصل الثامن
النظرية العامة للكسب دون سبب

النص عليها وأساسها القانوني: نصت المادة ٢٤٣ مدني عراقي على انه (كل شخص ولو كان غير مميز يحصل على كسب غير مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد). فقد اعتبر مشرعنا الكسب دون سبب مصدراً مستقلاً للالتزام وتعتبر دعواه دعوى أصلية وليست احتياطية.

المبحث الاول
شروط تحقق الكسب دون سبب

يشترط لتطبيق نظرية الكسب دون سبب توافر أربعة شروط هي:
أولا - إثراء المدين: يقصد بإثراء المدين حصوله على منفعة مادية و معنوية يمكن تقديرها بالنقد.
ان إثراء المدين يبدو في صور شتى:
الإثراء الايجابي: ويعني دخول قيمة مالية في ذمة المثري تزيد من عناصرها الموجبة. كأن يقوم مستأجر بترميمات ضرورية في المأجور فتكون واجبة على المؤجر.
الإثراء السلبي: ويتحقق بإنقاص عنصر سالب من ذمة المثري، كأن يسدد شخص ديناً على المثري.
الإثراء المباشر: وهو يحصل بفعل المفتقر، فينقل بفعله القيمة المالية من ذمته إلى ذمة المثري أو انقص بفعله عنصراً سالباً من ذمة المثري. كالبناء على ارض الغير او تسديد المفتقر ديناً على المثري.
الإثراء غير المباشر: ويحصل بتدخل أجنبي بعمل مادي او قانوني يؤدي إلى انتقال القيمة المالية من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري، كأن يبني شخص بأدوات أخر على ارض الغير، او ان يتحمل المفتقر ضرراً تحاشياً لخسارة مؤكدة تصيب المثري، كما لو عمدت فرقة إطفاء إلى إتلاف متاع شخص بنية إطفاء حريق شب في دار لأخر.

الإثراء المادي: وذلك إذا كانت المنفعة التي يحصل عليها المثري مادية، سواء أضافت عنصراً موجباً لذمة المثري او أنقصت عنصراً سالباً منها، كما في الأمثلة السابقة.
الإثراء المعنوي: ويعني حصل المثري على منفعة معنوية تتمثل في ثمار الفكر الإنساني من تعليم او استشارة او علاج او عمل فني او خدمات أخرى. كمعلم يعلم تلميذاً او محامي يقدم استشارة قانونية او طبيب يقدم علاج لمريض، دون وجود اتفاق سابق بينهم وبين من قدمت له الخدمة. مادامت هذه تقبل للتقدير بالنقد وما دامت هذه المنافع تثري الشخص عقلياً او صحياً او أدبياً دون سبب قانوني.
ثانياً ـ افتقار الدائن: وافتقار الدائن يبدو على النحو الذي يبدو فيه الإثراء من صور، فيحقق الافتقار الايجابي إذا قام المفتقر بالإنفاق لمصلحة المثري كبنائه على ارض الغير بمواد مملوكة له، ويتحقق الافتقار السلبي إذا فقد المفتقر قيمة منفعة كان من حقه الحصول عليها كأن يسكن شخص دار آخر دون عقد. وهكذا بالنسبة للافتقار المباشر الذي يكون بفعل المفتقر والافتقار غير المباشر ويكون بتدخل أجنبي والافتقار المادي والافتقار المعنوي.
ثالثاً ـ قيام علاقة السببية بين الإثراء والافتقار: ان مفاد علاقة السببية هو ان الافتقار يعتبر سبباً والإثراء نتيجته، بحيث يمكن القول انه لولا الافتقار لما تحقق الإثراء، فينبغي ان يكون إثراء المدين ناتجاً عن افتقار الدائن أما إذا لم يترتب على الإثراء افتقار فلا يتحقق الكسب دون سبب ولا تنهض دعواه. فلا يحق لمؤسسة قامت ببناء منطقة تجارية وفندق في منطقة وأدى ذلك إلى ارتفاع قيمة الأراضي المجاورة، مطالبة أصحاب هذه الأراضي بقيمة ما اثروا لان هذا الإثراء لا يقابله افتقار في جانبها.
ويلاحظ ان مفهوم علاقة السببية في الكسب دون سبب أوسع وأكثر مرونة من مفهومها في نطاق المسؤولية المدنية لان علاقة السببية بين الضرر والخطأ تنقطع بإثبات السبب الأجنبي وتنتفي مسؤولية المدعى عليه، أما في مجال الكسب دون سبب فان المفتقر يستطيع الرجوع على المثري بالتعويض ولو نشأ الافتقار عن سبب أجنبي كقوة قاهرة او فعل المفتقر او بفعل الغير، بل يصح القول علاقة السببية بن الافتقار والإثراء تتحقق نتيجة فعل المفتقر او عمل المثري او بفعل الغير او بفعل الطبيعة، كما لو بنى شخص بمواد له على ارض يعلم إنها للغير او اخرج مخرج فلماً سينمائياً من رواية وضعها مؤلف دون اتفاق بينهما.
رابعاً ـ عدم وجود سبب قانوني للإثراء: اختلف الفقهاء قديماً حول مفهوم السبب في هذا المجال، إلا ان الفقه المعاصر يكاد يجمع على إن المقصود بالسبب هو السبب المنشئ. أي المصدر القانوني الذي أعطى المثري الحق في الاحتفاظ بالمنفعة التي حصل عليها. وقد يكون هذا السبب عقداً او إرادة منفردة او نصاً قانونياً. فإذا كان السبب أياً من هذه المصادر امتنع تطبيق نظرية الكسب دون سبب، وامتنع استرداد المنفعة التي حصل عليها المثري لوجود سبب مشروع للإثراء. وبناءاً على ما تقدم يمتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بقيمة التحسينات التي ادخلها على المأجور إذا اتفق الطرفان في عقد الإيجار على ان يتملكها المؤجر بعد انتهاء عقد الإيجار،.
وليس لشركة التأمين الرجوع على من أعادت له بناء داره المحترقة بالفرق بين قيمة الدار المحترقة والجديدة لأن للإثراء سبب مشروع هو عقد التأمين ضد الحريق. وليس لورثة موص الرجوع على الموصى له بقيمة الوصية، وهي قيمة افتقارهم وإثرائه لان لإثرائه سبب مشروع هو الإرادة المنفردة. وكذلك الأمر لو كسب شخص ملكية مال بالتقادم، لأنه يحتفظ بقيمة المنفعة لسبب مشروع هو نص القانون.
تقادم دعوى الكسب دون سبب: تتقادم دعوى الكسب دون سبب بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمسة عشر سنة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع.

المطلب الثاني
جزاء الكسب دون سبب

ان التعويض هو جزاء الكسب دون سبب:

ـ مقدار التعويض: ينبغي ان يكون التعويض في حدود ما كسب المثري، أي يكون بقدر الأقل من القيمتين: قيمة الإثراء وقيمة الافتقار. ذلك لأن المفتقر، لا يجوز له ان يُطالِب بأكثر مما خسر وألا لأثرى على حساب غيره دون سبب. ولأن المثري لا يمكن ان يطالب بأكثر مما كسب لأننا لا نحاسبه على خطأ ارتكبه وإنما على ما عاد إليه من كسب.
فلو انفق شخص على تعمير دار جاره مبلغ الف دينار إلا إن قيمة الدار لم ترتفع الا بمقدار سبعمائة دينار، فأن المثري وهو صاحب الدار لا يلزم إلا بدفع سبعمائة دينار فقط.
كيفية تقدير الإثراء والافتقار: ان تقدير ذلك يختلف باختلاف طريقة تحقيق الإثراء، فلو تحقق بطريق دخول مبلغ من النقود في ذمة المثري فمقدار الإثراء والافتقار يساوي هذا المبلغ، ولو تحقق عن طريق تحسينات استحدثها المفتقر وأضيفت الى ذمة المثري، فيقدر الإثراء بمقدار هذه التحسينات التي زادت في مال المثري، وان كان الإثراء في صورة منفعة حصل عليها المثري كسكن دار دون عقد فان المنفعة التي أثرت المثري وأفقرت المفتقر تقدر بأجرة المثل للدار. وإذا ظهر الإثراء في صورة خدمة او عمل يقوم به المفتقر لصالح المثري، كسمسار يقرب بين البائع والمشتري ولكنهما يعقدان الصفقة دون وساطته، وكمهندس يضع تصميماً يستفيد منه رب العمل، فإن الإثراء يقدر في الحالتين بقدر الفائدة التي عادت على المثري بسبب كل من الخدمة او العمل.
وقت تقدير الإثراء والافتقار: يقدر الإثراء وقت تحققه لا وقت رفع الدعوى ولا وقت إصدار الحكم. ولا أهمية لزيادته في الفترة بين تحققه وبين صدور الحكم به من القضاء فإذا قدر الإثراء وقت تحققه بألف دينار وأضحى ألفي دينار وقت رفع الدعوى، ثم أصبح خمسمائة دينار او زال وقت صدور الحكم، فان ما تقضي به المحكمة من تعويض هو ألف دينار إذا كان لا يقل عن قيمة الافتقار. وتعتد المحكمة بالقدر العددي للنقد وقت الإثراء بصرف النظر عن ارتفاع سعر النقد أو انخفاضه بعد تحقق الإثراء.

تطبيقات القانون المدني العراقي لنظرية الكسب دون سبب

المبحث الأول

المدفوع دون حق

نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٣ على انه (١ـ من دفع شيئاً ضاناً انه واجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق). ونتكلم في مطلبين عن شروط المدفوع دون حق وأحكامه.

المطلب الاول

شروط المدفوع دون حق

يجب ان يتحقق شرطين حتى نكون إزاء مدفوع دون حق، أولهما: ان يكون المدفوع غير واجب في الذمة. وثانيهما أن يقع الدفع نتيجة غلط.
اولاً ـ أن يكون المدفوع غير واجب في الذمة: لكي تقبل دعوى استرداد ما دفع، ينبغي ان يكون الدافع غير ملتزم قانوناً بالدفع وهو يكون غير ملزم في الحالات التالية:
١ـ ان يكون الدين غير موجود ودفعه شخص غير مدين: كما لو نفذ الوارث وصية مورثه وتبين له بعدئذ ان الموصي كان قد رجع عن وصيته أو أنها وقعت باطلة.
٢ـ أن يكون الدين موجود ولكنه غير مستحق الأداء: كما لو دفع مدين ديناً لم يحل اجله، أو دفع ديناً معلقاً على شرط واقف قبل تحق الشرط او معلقاً على شرط فاسخ بعد تحقق الشرط.
٣ـ ان يكون الدافع مديناً ولكن الدين انقضى قبل الوفاء: كما لو كان الدائن قد ابرأ مدينه، او كان الدين قد سقط بالمقاصة أو بالتقادم. او قيام احد المدينين المتضامنين بالوفاء وقيام مدين آخر متضامن معه بالوفاء مرة ثانية.

٤- ان يكون الدافع مديناً والدين مستحق الأداء ولكن سبب الدين زال بعد الوفاء:كما لو دفع المشتري ثمن المبيع ثم فسخ عقد البيع.

ثانياً: أن يتم الدفع نتيجة غلط وقع فيه الدافع: ينبغي لإمكان استرداد ما دفع دون حق، أن يكون الدافع قد وفى وهو يعتقد عن غلط انه يوفي بدين واجب في ذمته مستحق الأداء، أما إذا كان قد وفى وهو عالم بعدم وجوب ما دفع فلا حق له في الرجوع على المثري بدعوى المدفوع دون حق.

ويفترض القانون هنا الغلط ولا يكلف الدافع بإثباته، لان المفروض أن من يدفع شيئاً غير واجب في ذمته إنما يدفعه نتيجة غلط، إلا إن هذا الافتراض هو قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، فيستطيع المدفوع له أن يسقطها بإثبات أن الدافع كان يعلم وقت الدفع انه لم يكن ملزماً بما دفع، وأن ما دفعه كان على سبيل التبرع.

والغلط الذي يقع فيه الدافع قد يكون غلطاً في شخص الدائن بالوفاء لشخص آخر غير الدائن، او غلطاً في الوقائع كقيام احد المدينين المتضامنين بالوفاء مرة ثانية وهو لا يعلم بواقعة الوفاء السابقة من مدين آخر متضامن معه، وقد يكون غلطاً في القانون كما لو اقترض شخص مبلغاً من آخر بفائدة تزيد على الحد القانوني. وإذا وقع الغلط فلا أهمية بعدئذ لكون الدافع قد وفى من تلقاء نفسه أو أوقعه فيه المدفوع له عن طريق التدليس.

استثناء: مع ذلك هناك حالات يجوز للدافع فيها الرجوع على المدفوع له بما دفع وان كان عالماً وقت الدفع انه غير ملزم بالوفاء، أي انه لم يقع في غلط دفعه الى الوفاء، وهذه الحالات هي:

أ: وقوع الدفع نتيجة إكراه الموفي على الوفاء.

ب: وقوع الدفع بناءاً على عقد باطل.

ج: إذا وفى المدين الدين وأخذ المخالصة من الدائن ثم فقدها، وطولب بالدين فاضطر للوفاء مرة ثانية ثم عثر على المخالصة.

ففي مثل هذه الحالات التي ينتفي فيها الغلط يستطيع المكره ومن دفع بناءاً على عقد باطل ومن عثر على المخالصة أن يطالب باسترجاع ما دفع تأسيساً على قاعدة المدفوع دون حق.

المطلب الثاني

أحكام المدفوع دون حق

إذا توفر الشرطان المتقدمان التزم المدفوع له برد ما تسلم دون حق إلا أن ما يجب رده يختلف باختلاف ما إذا كان المدفوع له حسن النية او سيئها، وعلى التفصيل التالي:

أولاً ـ إذا كان المدفوع له حسن النية:يكون المدفوع له حسن إذا كان يعتقد وقت القبض انه يتسلم ما هو مستحق له والأصل افتراض حسن نيته، ولا يكلف بإثبات ذلك وللكن للدافع إثبات عكس ذلك بجميع طرق الإثبات، وحسن النية أو سوئها مسألة وقائع يستقل القاضي بتقديرها. وما يلتزم المدفوع له برده يختلف باختلاف ما تسلمه:

ـ فإذا كان ما تسلمه نقوداً او أشياء مثلية، اعتبر ما تسلمه ديناً في ذمته ووجب رد ما تسلمه إذا كان موجوداً في يده، وإذا استهلك المثليات بخطئه وجب عليه رد مثلها بالقدر الذي تسلمه بغض النظر عن ارتفاع سعر النقد أو المثليات لان الإثراء يقدر عند تحققه. إلا انه لا يلتزم برد الفوائد لأنه يتملكها بالقبض ما دام حسن النية، ولكنه يلتزم بردها من الوقت الذي يصبح فيه سيء النية وهو يصبح كذلك إذا رفعت عليه الدعوى ومطالبته قضاءاً.

ـ اما إذا كان ما تسلمه شيئاً معيناً بالذات، عقاراً أو منقولاً، فانه يلتزم برده بالذات ما دام موجوداً في يده فإن هلك بتعد آو بتقصير منه كأن يكون قد استهلكه أو أضاعه أو أتلفه التزم برد قيمته وقت الاستهلاك أو الضياع أو التلف.

اما اذا هلك الشيء بسبب أجنبي فانه لا يسأل عن هلاكه وإنما يلتزم برد بقاياه أو ثمنه إذا كان قد باعها. أما انتفاعه هو بالشيء كسكنى دار أو استعمال سيارة فلا يلتزم برد قيمة ما حصل عليه من منفعة.

حكم ثمار الشيء والنفقات التي أنفقها المدفوع له الحسن النية على الشيء:

يتملك المدفوع له حسن النية ثمار الشيء ومنافعه بالقبض ولا يلتزم برد شيء منها إلى اليوم الذي يصبح فيه سيء النية، وهو يلتزم على كل حال برد ما حصل عليه من تاريخ مطالبته قضائياً لأنه يعتبر عندها سيء النية.
ومع ذلك فان للمدفوع له الذي أضحى سيء النية أن يسترد ما نفقه في إنتاج هذه الثمار.
أما حق المدفوع له حسن النية في استرداد ما انفق على الشيء، فينبغي التمييز بين ما يأتي من صور للانفاق:
بالنسبة للنفقات الضرورية: ويقصد بها النفقات الاضطرارية أو غير الاعتيادية التي يضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك، كتكاليف ترميم منزل أيل للسقوط. وحكمها ان للمدفوع له أن يستردها كاملة.
بالنسبة للنفقات النافعــــة: ويقصد بها ما يبذل من مصاريف للحفاظ على الشيء وان لا يخشى عليه الهلاك ان لم تبذل، كأجر الأيدي العاملة لجني المحصول أو نفقات الخزن بشرط أن لا تكون فاحشة، وحكمها كالأتي:
- إذا كانت قيمة الشيء أكثر من قيمة ما أحدثه أو أنفقه، فللمدفوع له أن يسترد النفقات من صاحب الشيء.
- إذا كانت قيمة ما أنفقه أو أحدثه أكثر من قيمة الشيء، فللمدفوع له أن يتملك الشيء بثمن مثله.

بالنسبة للنفقات الكماليــــة: وهي مصاريف الزينة كالصبغ والنقش التي تزين الشيء ولا تؤثر على وجوده ودوامه، وحكمها انه ليس للمدفوع له أن يستردها ولكن له انتزاعها بشرط أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا رغب المالك بإبقائها نظير دفع قيمتها مستحقة للقلع.
- حكم خروج الشيء من يد المدفوع له حسن النية: إذا خرج الشيء من يد المدفوع له حسن النية لتصرفه فيه، فان الحكم يختلف باختلاف طبيعة التصرف:
- فان كان التصرف معاوضة: كبيع او بدل صلح، كان للدافع الخيار بالرجوع على المتصرف له بدعوى الاستحقاق وإذا تمسك الأخير بالتقادم أو بحيازة المنقول بحسن نية، كان للدافع الرجوع على المدفوع له بما قبض من عوض.
- وإذا كان التصرف تبرعاً: فليس للدافع الرجوع على المدفوع له بشيء، ولا الرجوع على المتصرف له إذا تمسك الأخير بالتقادم أو بحيازة المنقول بحسن نية. وعدم إمكانية الرجوع على المتبرع حكم يجافي العدالة ولا شك.
ثانياً - اذا كان المدفوع له سيء النية: المدفوع له سيء النية، هو من يتسلم المدفوع وهو يعلم انه لا حق له فيه. ويقف القانون موقف المتشدد معه:
ـــ فإذا كان ما تسلمه نقوداً او أشياء مثلية او عيناً معينة بالذات: التزم بردها ان كانت لا تزال بيده ، ويلزم بالضمان إذا هلك الشيء أو ضاع ولو بسبب أجنبي، فعليه رد المثل في المثليات وبرد قيمته يوم الهلاك اذا كان الشيء قيمياً دون حاجة لإعذاره لأنه تسلم شيئاً يعلم انه لا يستحقه، مع الاعتداد بالرد بارتفاع الأسعار والتعويض عن تغير سعر النقود. إلا إنه يستطيع التخلص من الضمان عن الهلاك بسبب أجنبي لو اثبت إن الشيء سيهلك ولو كان باقياً في يد الدافع.
- كما يلتزم المدفوع له سيء النية برد كل ما استفاد أو كان يستطيع أن يستفيده من الشيء من يوم أن تسلم غير المستحق وهو سيء النية آو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية، وعليه رد قيمة المنفعة التي انتفع بها من العين المعينة بالذات، كما يلتزم برد الثمار او قيمتها التي قبضها أو كان بإمكانه قبضها ولم يقبضها فتلفت لأنه قصر في قطفها وبيعها، ولكن له الحق في استرداد نفقات إنتاج الثمار.
- كما يلتزم برد فوائد النقود من وقت تسلمها أو من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية محسوبة على أساس السعر القانوني.

اما حكم النفقات وخروج الشيء من يد المدفوع له سيء النية فتخضع لذات القواعد المطبقة على المدفوع له حسن النية. فلا فرق بينهما لان الغير في علاقته مع الدافع لا يتأثر بحسن نية المدفوع له أو بسوئها.

حالتان متميزتان من تطبيق قواعد الكسب دون سبب:

خرج المشرع العراقي على حكم الكسب دون سبب التي ذكرناها في حالتين أولاهما:
الحالة الأولى ـ إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية: حسب نص المادة (٢٢٤) مدني عراقي إذا تسلم ناقص الأهلية الشيء غير المستحق فانه لا يلزم إلا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية، وبهذا يكون مشرعنا قد خرج على القاعدة العامة في الكسب دون سبب التي تقرر عدم تأثير أهلية المثري على التزامه بالرد.
فهو يلتزم برد قيمة ما انتفع به من الشيء فقط ولو كان سيء النية وقت القبض، أما إذا لم ينتفع مما تسلمه دون حق كأن استهلكه أو أنفقه في ملذاته وشهواته، فانه لا يلتزم برد شيء، ويسري نفس الحكم لو أبطل عقد ناقص الأهلية وكان قد تسلم شيئا تنفيذاً للعقد.
أما إذا تسلم عيناً معينة بالذات دون حق وهلكت أو ضاعت أو تلفت بغير خطأ منه فلا يلتزم برد أي شيء حتى لو كان سيء النية لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يلتزم بضمانه، أما إذا كان ذلك الهلاك أو التلف أو الضياع بتعد أو بتقصير منه فانه يلتزم بضمانه طبقاً لقواعد العمل غير المشروع، وليس وفقاً لقواعد المدفوع دون حق.
الحالة الثانية ـ إذا وفى الدافع ديناً مؤجلاً قبل حلول الأجل: القاعدة هي إن وفاء المدين قبل حلول الأجل يعتبر نزولاً منه عن الأجل، إلا إذا كان الوفاء نتيجة غلط فيستطيع عندئذ بموجب القانون استرداد ما أوفى ليوفيه عند حلول الأجل، إلا إن المشرع عاد وأجاز للدائن رد ما استفاد بسبب الوفاء المعجل على أن لا يزيد ما يرده على ما أصاب المدين من ضرر. أما إذا عجل المدين بالوفاء بدين محله مبلغ من النقود ولم يشأ الدائن رده ليستوفيه عند حلول اجله وجب عليه أن يرد ما يغله المبلغ من فوائد اتفاقية او قانونية عن المدة الباقية لحلول الأجل.

المبحث الثاني
قضاء دين الغير

يتبين من نصوص قانوننا المدني إن مشرعنا ميز بين حالتين من قضاء دين الغير، أولهما قضاء دين الغير بأمر من المدين وثانيهما قضاء دين الغير دون أمر من المدين:
أولا ـ قضاء دين الغير بأمر من المدين: لو أمر احد غيره بقضاء دينه رجع المأمور على الآمر بما أداه وقام مقام الدائن الأصلي في مطالبته سواء اشترط الرجوع عليه او لم يشترط وفقاً لقواعد الوفاء مع الحلول.
الا انه لو أمر احد غيره بقضاء دينه، ثم قام كل من الأمر والمأمور بقضاء الدين، فان كان المأمور هو من دفع أولاً رجع على الآمر بما دفع لأن وفاءه يعتبر وفاء مع الحلول، أما إذا كان الآمر هو الذي سبق في الدفع كان للمأمور الخيار في الرجوع على الآمر لأنه أنابه في الوفاء أو يرجع على الدائن المدفوع له بدعوى تسلم المدفوع دون حق لأن الدائن يكون قد تقاضى حقه مرتين. أما قيام المأمور بالوفاء للدائن مع علمه بوفاء الآمر فعندها لا يجوز له الرجوع سوى على الدائن المدفوع له بدعوى الكسب دون سبب، لان وكالته عن الآمر تكون قد انقضت بقيام الآمر بالدفع وعلم المأمور بذلك.

ثانياً ـ قضاء دين الغير دون أمر من المدين: إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين على المدين سواء قبل آم لم يقبل. ويعتبر الدافع متبرعاً لا رجوعه له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره. إلا أن لهذه القاعدة استثناءين يحق بمقتضاهما رجوع الدافع على المدين ولو تم الدفع دون أمره، وهما كما يأتي:
١ـ إذا كان للدافع مصلحة في قضاء الدين: إذا تبين من الظروف إن للدافع غير المأمور مصلحة ظاهرة في قضاء دين الغير أمكنه الرجوع على المدين بما دفع. فلا يعتبر متبرعاً كل من المدين المتضامن مع غيره الذي يدفع الدين كله ومصلحته هي براءة ذمته من الدين أو الوارث الذي يسدد ديناً على المورث من مال نفسه ومصلحته تخليص التركة من الدين كي يحصل على حقه، أو مشتري سيارة يقوم بتسديد الأقساط المستحقة للشركة البائعة إذا توقف من باعه السيارة عن دفعها للشركة ومصلحته التخلص من حجز الشركة البائعة على السيارة.

٢ـ انتفاء نية التبرع عند الدافع: إذا تبين من الظروف كذلك إن من دفع دون أمر لم تكن عنده نية التبرع فله ان يرجع على المدين بما دفع، فإذا رهن شخص ماله في دين غيره وقضى الدين ليفك ماله المرهون، رجع بما قضاه على المدين، وهذا المثل يشير أيضاً الى وجود مصلحة ظاهرة للدافع في قضاء دين الغير والحال ان هذين الاستثناءين يختلطان في كثير من الأحيان، فلا يقوم بالدفع من تنتفي عنده نية التبرع الا اذا لم تكن له مصلحة ظاهرة في الوفاء في كثير من الأحيان.

الباب الخامس
القانون

أحكام الإلتزام

الباب الأول
تنفيذ الالتزام

المديونية والمسؤولية: يتحلل الالتزام الى عنصرين:

اولهما: عنصر المديونية الذي يفرض على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن قبوله.

ثانيهما: عنصر المسؤولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء اذا لم يقم به مختاراً.

فإذا نفذ المدين التزامه طوعاً انقضى عنصر المديونية، واذا امتنع عن تنفيذ التزامه برز عنصر المسئولية الذي يقتضي قهره على التنفيذ. وقد نظر جانب من الفقه الى الالتزام على انه رابطة موحدة، الا ان كثير من الحالات لا يمكن تفسيرها الا على أساس ازدواج رابطة الالتزام:

- فقد توجد المديونية دون المسؤولية، كحالة الالتزام الطبيعي الذي لا يجبر المدين على الوفاء.
- وقد تزيد المديونية على المسؤولية، كالشريك الموصي الذي لا يسأل عن ديون الشركة الا في حدود حصته.
- وقد تزيد المسؤولية على المديونية كحالة المدينين المتضامنين حيث يسأل كل منهم عن كل الدين مهما كان نصيبه فيه.
- وقد تقوم المسؤولية لضمان دين غير حال، فتجوز الكفالة في الدين إذا حدد المبلغ المكفول.
- وتقوم المسؤولية لضمان دين غير شخصي، كالرهن المقدم من غير المدين لضمان الوفاء بالدين.
- وقد تسبق المسؤولية المديونية في النشوء، فتنشأ لضمان دين مستقبل او احتمالي.

تنفيذ الالتزام المدني: يتضمن الالتزام المدني عنصرا المديونية والمسؤولية، فان الكلام عن تنفيذه يتضمن ما يأتي:

اولاً: ان وجود الالتزام في ذمة شخص يتطلب قيامه بوفاء عين ما التزم به طوعاً. ويسمى التنفيذ عندها بالتنفيذ العيني الاختياري، وينقضي حينئذ عنصر المديونية، والوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام.

ثانياً: اذا لم يقم المدين بالوفاء بالتزامه، نهض عنصر المسؤولية وامكن للدائن ان يجبر مدينه على الوفاء بمعونة السلطة العامة، ويسمى التنفيذ عندها بالتنفيذ الجبري. والاصل ان يقع التنفيذ الجبري تنفيذا عينياً باجبار المدين على اداء عين ما التزم به، وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الجبري بشروط معينة، فان تتوفر هذه الشروط فان التنفيذ يتحول الى تنفيذ بمقابل (التعويض)، اي يؤدى المدين الى دائنه تعويضاً يشمل ما اصابه من خسارة وما فاته من كسب.

****

الفصل الاول
التنفيذ العيني الجبري

وجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية: ان مبدأ حسن النية اضحى في القوانين الحديثة قاعدة عامة تحكم اعمال المدين جميعاً في الوفاء بالتزامه واصبح قوام تنفيذ العقود كافة. ان حسن النية يعني، ان ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وبطرق لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند ابرام العقد او تجعلها اكثر كلفة دون مبرر.

المبحث الأول
شروط التنفيذ العيني الجبري

نصت المادة (٢٤٦) على شرطين، اضافة الى شرطين اخزين يمكن استخلاصهما من طبيعة عمل القضاء:

اولاً: ان يكون التنفيذ العيني ممكناً :يحق للدائن مطالبة المدين بالتنفيذ العيني وللمحكمة ان تقضي به مادام ممكناً، فان استحال التنفيذ العيني فلا مجال للمطالبة به، وينظر الى سبب الاستحالة، فان كانت بسبب أجنبي انقضى التزام المدين بحكم القانون وامتنع الرجوع عليه بالتعويض. أما إذا تحققت الاستحالة بخطأ المدين فان التنفيذ العيني يتحول الى التنفيذ بطريق التعويض.

وعدم إمكان التنفيذ العيني واستحالته بخطأ المدين متصورة في جميع أنواع الالتزامات عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود، ولكن عدم الإمكانية هذه تتأثر بعاملين اولهما طبيعة الالتزام ووسائل تنفيذه المادية وثانيهما ميعاد التنفيذ:

فمن حيث الطبيعة، مثلاً، فان استحالة تنفيذ الالتزام بنقل حق عيني على عقار تتحقق عندما يمتنع البائع عن تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري، وتبدو الاستحالة بالنسبة للالتزام بنقل حق عيني على منقول عندما

يقدم البائع على بيعه لمشتر ثان تسلمه بحسن نية، وتتحقق الاستحالة بالنسبة للالتزام بالامتناع عن عمل عند إقدام المدين على القيام بالعمل الذي تعهد بالامتناع عنه ....

وتبدو استحالة التنفيذ من حيث ميعاد التنفيذ فيما لو تحدد في الاتفاق ميعاد لتنفيذه وانقضى الميعاد دون ان يتم التنفيذ فلا تبقى جدوى من التنفيذ العيني الا إذا أقام المدين الدليل على عكس ذلك، كاتفاق صناعي مع مقاول بان يبني له جناح في معرض دولي لعرض مصنوعاته أمام الزوار وانقضت مدة المعرض دون يقيم المقاول البناء.

ثانياً:ان لا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، او فيه إرهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً:يجوز للمدين ان يعدل عن التنفيذ العيني رغم إمكانيته الى التنفيذ بطريق التعويض إذا توفر شرطان: اولهما، ان يكون في التنفيذ العيني إرهاق له، وثانيهما ان لا ينتج عن عدوله عن التنفيذ العيني ضرر يعادل او يفوق في جسامته ما يلحقه. ويقصد بالإرهاق الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين بسبب التنفيذ العيني لا مجرد الكلفة والضيق ولا يدخل في معناه مجرد ارتفاع الأسعار أو زيادة الضرائب.

ولا يكفي للعدول تحقق إرهاق المدين بل يجب ان لا ينتج عن العدول ضرر جسيم يصيب الدائن، فالعدول عن التنفيذ العيني بسبب الإرهاق وان جاء تطبيقا لنظرية عدم التعسف في استعمال الحق الا ان هذا التطبيق لا ينهض اذا لحقت بسبب ذلك خسارة اكبر بالدائن، كما لو تعهد صيدلي بتوريد أدوية خاصة لمرضى في مستشفى وانقطع استيرادها فانه يجبر على توفيرها كاستيرادها على حسابه، لان الضرر اللاحق بالمرضى أكثر مما يوقعه الإرهاق به من ضرر، وتقدير ذلك يعود للقضاء.

ثالثاً: ان يطلب الدائن التنفيذ العيني: لان القضاء لا ينظر في أمر الا إذا قدم به طلب رفع إليه، فإذا طالب الدائن بالتنفيذ العيني الجبري وتوافرت شروطه، فليس للمدين ان يمتنع او يعرض التعويض، وإنما يجبره القضاء عليه ، وإذا طالب الدائن بالتعويض وعرض المدين التنفيذ العيني حكم بالتنفيذ العيني الاختياري، ولا يحق للدائن رفضه، لان الأصل في التنفيذ ان يكون عينياً.

رابعاً: ان يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب الأداء:يعد إيصال الحقوق الى أصحابها من صميم واجبات السلطة العامة ، للكنها لا تتدخل لمساعدة كل مدع بحق باستيفائه من خصمه قهرا فلا بد من ثبوت الحق ووضوحه وخاصة إذا ثبتت في سندات تنفيذ وهي تلك الوثائق التي تتضمن حقوقاً ثابتة واضحة لا مجال لإنكارها والتي ينبغي على الدائن ان يتزود بها كي لا تتردد السلطة العامة في قهر المدين على تنفيذها.

خامساً: ان يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره فيه غير مشروع:وهو شرط يدور حول تقابل الالتزامات، فاذا لم يقم الدائن بتنفيذ التزامه حق للمدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، ويعتبر امتناعه حينئذ مشروعاً لا يجيز للدائن طلب التنفيذ العيني الجبري.

المطلب الثاني
كيف يقع التنفيذ العيني الجبري عند توفر شروطه

السلطة الموكول إليها أمر القيام بالتنفيذ العيني الجبري: تتولى السلطة العامة إيقاع التنفيذ الجبري بإشراف القضاء ومراقبته، والجهة المختصة بالتنفيذ في العراق هي دائرة التنفيذ سواء كان التنفيذ عينيا جبرياً او التنفيذ بطريق التعويض، وعن طريق الحجز على أموال المدين، وهي الدائرة المختصة في الأصل بتنفيذ سندات التنفيذ. كما منح قانون جباية الديون المستحقة للحكومة بعض الدوائر الرسمية الأخرى سلطات تنفيذية.

اختلاف صور التنفيذ العيني الجبري باختلاف محل الالتزام

تختلف صور التنفيذ العيني الجبري باختلاف محل الالتزام، وكما يأتي:

اولاً- الالتزام بنقل حق عيني يرد على عقار: يتضح من نصي المادتين (٢٤٧، ٥٠٨) مدني عراقي، ان عقد بيع العقار والعقود المتعلقة بإنشاء حق عيني عقاري أخر او نقله او تعديله او زواله، تعبر من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بعد تمام تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري. وعليه لا يستطيع الدائن جبر مدينه على تنفيذ التزامه الأصلي تنفيذا عينياً وهو نقل الحق العيني إذا امتنع المدين عن ذلك، كما لا يستطيع جبره على تنفيذ

التزامه التبعي وهو تسليم العقار، وهو التزام بعمل يتضمنه الالتزام الأصلي، لان العقد لا وجود له قبل استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون.
إلا ان الدائن، كمشتر العقار مثلاً، يستطيع ان يطالب بالتعويض حسب نص المادة ١١٢٧ مدني عراقي التي نصت على انه (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا اخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط).

ثانياً ـ الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالذات: ان الحق العيني بالنسبة لهذا النوع من الالتزامات ينتقل بقوة القانون وبمجرد نشوئه، إذا كان المنقول المعين بالذات مملوكاً للملتزم، ولذلك لا يتصور اللجوء الى التنفيذ الجبري في نطاق هذا الالتزام. ومع ذلك فان انتقال الحق هذا قد تعطله قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)، كما لو ان البائع باع المنقول ذاته الى مشتر ثان تسلمه بحسن نية فتنتقل إليه الملكية بسبب الحيازة لا بسبب العقد، لان البائع تجرد من الملكية بمقتضى بيعه الأول.
إلا أن للتنفيذ الجبري بالنسبة لهذا النوع من الالتزام مجالاً بالنسبة للالتزام التبعي الذي يتضمنه الالتزام بنقل الحق العيني، وهو الالتزام بتسليم المنقول المعين بالذات إذا امتنع المدين عن تسليمه، فللدائن إجباره على التسليم عن طريق دائرة التنفيذ اذا كان المنقول موجوداً وكان بيده سند تنفيذ وعن طريق استصدار حكما من القضاء بتسليمه اليه، وان كان غير موجود بسبب إخفائه او هلاكه بخطأ المدين، تحول الدائن الى المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض.
ثالثاً ـ الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالنوع والمقدار: لا يتم تنفيذ هذا الالتزام ولا ينقل الحق إلا بتعيين المنقول بالذات، وبالنظر الى ان تعيينه بالذات يقتضي فرزه، أي عزله عن بقية صنفه وسواء سلم للدائن او لم يسلم،فان امتناع المدين عن الفرز يحول دون انتقال الحق الى الدائن ويفسح المجال الى تنفيذه جبراً عنه. والحكم عندئذ، انه ان كان لدى المدين منقولات من نفس النوع، حق للدائن ان يطلب من المحكمة ان تخوله القيام بتعيين الشيء المستحق له او تكليف خبير بهذه المهمة، وبتعيين الشيء بالذات يتم انتقال الحق العيني؟، وبتسليم الشيء يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم وهو الالتزام التبعي.
أما إذا لم يكن لدى المدين مثليات من نفس النوع، يحق للدائن استئذان المحكمة، او بدون استئذانها في الحالات المستعجلة، لشراء شيء من النوع نفسه على نفقة المدين ويرجع على المدين بالمصروفات التي أنفقها وبالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وتقدر المحكمة مدى ملائمة تصرف الدائن عند عدم استئذانها وقد تحكم له بمبلغ اقل اذا تبين لها تسرعه وسوء تصرفه. وقد يتحول الدائن الى المطالبة بالتعويض في حالتين أولاهما، إذا تعذر حصول الدائن على شيء من النوع نفسه، وثانيهما، إذا اتخذ من امتناع المدين عن التنفيذ العيني ذريعة للمطالبة بالتعويض.

****

الفصل الثاني
التنفيذ بمقابل أو التعويض

يعرف التعويض بأنه: مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات.
حالات التعويض: يحق للدائن اقتضاء التعويض عند توفر شروطه في حالات هي:
اولاً ـ إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بخطأ المدين.
ثانياً ـ إذا تطلب التنفيذ العيني تدخل المدين الشخصي، وامتنع عن التنفيذ وفشل الحكم عليه بالغرامة التهديدية في كسر عناده وإكراهه على التنفيذ.

ثالثاً: إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكنه مرهق للمدين، وكان في التعويض ترضية كافية للدائن، لان عدم التنفيذ العيني لا ينطوي على ضرر جسيم يصيبه.
رابعاً: إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين الشخصي، ولكن الدائن لم يطلبه ولم يعرض المدين القيام به.
انواع التعويض: يبدو التعويض على نوعين: اولهما: التعويض عن عدم التنفيذ، وثانيهما: التعويض عن التأخير في التنفيذ. وتبدو القواعد التي تحكمها واحدة لولا قيام الفارقين الآتيين بينهما:
اولاً: يحل التعويض عن عدم التنفيذ محل التنفيذ العيني ولا يمكن الجمع بينهما لأن الدائن سيتقاضى حقه مرتين عندئذ، اما الجمع بين التعويض عن التأخير وبين التعويض عن عدم التنفيذ فأمر جائز إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وتحققت شروطهما.
ثانياً: ان اعذار المدين يعتبر إجراء لازم للحكم بالتعويض عن التأخير ولا ضرورة له في بعض حالات التعويض عن عدم التنفيذ.كما يجوز الجمع بين التعويض عن عدم التنفيذ وبين التعويض عن التأخير في التنفيذ.

المبحث الاول
شروط استحقاق التعويض

يفهم من نصوص القانون المدني العراقي ان شروط استحقاق التعويض هي:
اولاً: الإعذار.
ثانياً: توافر أركان المسؤولية المدنية عقدية او تقصيرية.
ثالثاً: عدم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.
ولسبق الكلام عن الشرطين الأخيرين، سنقصر البحث في الإعذار.

المطلب الاول
الإعذار

يعرف الإعذار بأنه: دعوة المدين من قبل دائنه الى تنفيذ التزامه، ووضعه قانوناً في حالة التأخر تأخراً تترتب عليه مسئوليته عن الإضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر.
- ويشترط الإعذار لاعتبارين: أولهما قانوني: ومفاده ان مجرد تأخر المدين لا يكفي لاعتباره مقصراً، وإن حلول الاجل يعني ان الدين أضحى مستحق الأداء دون ان يعني تضرر الدائن وسكوته عن المطالبة بحقه يحمل على محمل التسامح والرضا الضمني بمد اجل الوفاء. ولنفي هذه القرينة يجب ان يفصح الدائن عن رغبته الجدية في اقتضاء حقه وعدم تسامحه ازاء التأخير في التنفيذ من خلال الإعذار.
وثانيهما: اعتبار أخلاقي: ومفاده ان تنبيه المدين الى تقصيره ودعوته الى تنفيذ التزامه إجراء تقتضيه القيم الخلقية قبل مفاجأة المدين بالتنفيذ الجبري بما ينطوي عليه من إجراءات تمس كرامته وسمعته.
- كيف يقع الإعذار: بمقتضى نص المادة ٢٥٧ مدني عراقي يتم الاعذار في إحدى صور ثلاث:
اولاً: يكون إعذار المدين بإنذاره: وهذه هي القاعدة العامة، والإنذار ورقة رسمية يعبر فيها الدائن عن رغبته الجدية في اقتضاء حقه من مدينه، ويتم بواسطة الكتاب العدل. ويسمى في العراق بالتبليغ.
ثانياً: يجوز ان يتم بأي طلب كتابي آخر: كورقة رسمية او برقية او رسالة مسجلة او عادية إلا ان الاخيرة تثير مشكلة اثبات واقعة تسلمها من قبل المدين وإثبات محتواها.
ثالثاً: يجوز ان يقع بأية صورة أخرى يحددها اتفاق الطرفين، كالاتفاق بين الطرفين صراحة او ضمناً على اعتبار المدين معذراً بمجرد حلول الاجل، ويجب ان يكون قاطعاً في دلالته، فان احتمل الشك، فسر الشك لمصلحة المدين.

- متى يجب الإعذار في القانون العراقي: تطلب المشرع العراقي الاعذار بمقتضى المادة ٢٥٦ كشرط لاستحقاق التعويض، سواء كان تعويضاً عن عدم التنفيذ او تعويضاً عن التأخر فيه، ومع ذلك يلاحظ ان الاعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ اما المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ فلا حاجة للاعذار فيها، لان الحكم بالتعويض امر مؤكد متى ما توافرت شروطه.
- الحالات المستثناة من وجوب الاعذار في قانوننا: تستثنى من الإعذار حالات يعتبر حلول الأجل فيها كافياً لإشعار المدين بوجوب المبادرة الى التنفيذ وإلا وجب عليه التعويض، دون الحاجة الى استيفاء إجراء الاعذار، وهي:
اولاً - الحالات المستثناة بحكم الاتفاق: بمقتضى المادة ٢٥٧ مدني عراقي يجوز للطرفين الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى استيفاء إجراء ما، ومثل هذا الاتفاق قد يقع صريحاً او ضمنياً كأن يشترط في عقد مقاولة وجوب إكمال البناء في ميعاد معين. ولكن يجب ان يكون قاطعاً في دلالته لا يحتمل شكاً.
الا ان هذا الاتفاق لا يعفي الدائن من السعي الى مكان الوفاء لأن القاعدة في الوفاء ان الدين مطلوب وليس محمول.
اما إذا كان تنفيذ الالتزام واجباً في موطن الدائن فيجب على المدين التقدم للوفاء عند حلول الأجل.
الا ان هذا الاتفاق لا يعمل به إذا فسخه الدائن بتصرفه، كأن ينص العقد بين شركة التأمين وبين المؤمن له على وجوب دفع الأقساط في مركز الشركة عند حلول آجالها دون حاجة الى إعذار المدين، ثم تجري الشركة على إيفاد محصلها لتسلم الأقساط وتعذر المدين كلما تأخر، وعندها لا يجوز للشركة ان تحتج على المدين بعدم لزوم الإعذار.
ثانياً - الحالات المستثناة بنص القانون: وهي طائفتين، ومنها لم تكن هناك حاجة للنص على عدم ضرورة الإعذار فيها، ومنه ما يبدو الاعذار فيها غير مجد ولم يفد النص إلا تأكيد عدم جدواه:
- الطائفة الأولى من الحالات هي:
١١: إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين إنه مسروق، او شيء تسلمه دون وجه حق، وهو عالم بذلك.
٢: استحقاق البائع الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء دون حاجة الى إعذار المشتري، إذا كان قد سلمه الشيء المبيع، وكان الشيء قابلاً ان ينتج ثمرات او إيرادات أخرى، ما لم يقضي النص او الاتفاق بخلاف ذلك.
٣: إذا أخذ الشريك مبلغاً من مال الشركة أو احتجزه، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه مع التعويض ان كان له مقتضى دون حاجة الى انذاره.
٤: إذا استعمل الوكيل مال الموكل لصالح نفسه، فعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، دون حاجة الى انذاره.
٥: إذا انفق الوكيل مبلغاً في تنفيذ الوكالة فعلى الوكيل أن يرد له ما أنفقه في تنفيذها تنفيذاً معتاداً مع الفوائد من وقت الاتفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته، دون حاجة الى إعذاره.
- الطائفة الثانية من الحالات هي:
1ً: إذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً غير ممكن بفعل المدين، وخاصة إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او قياماً بعمل، ووجب ان ينفذ في وقت معين انقضى دون ان يتم، او كان الالتزام امتناعاً عن عمل واخل به المدين.
2ً: إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.
٣: إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.
ثالثاً: الحالات المستثناة لأن طبيعة الأشياء تقتضي عدم وجوب الإعذار وإن لم يرد بشأنها نص:

١- إذا استحال على الدائن ان ينذر مدينه بسبب الظروف المحيطة به. فان تعهد ناقل بنقل راكب الة جهة ما في ميعاد محدد، وتسبب بخطئه في تأخر وصوله، فان الركب يستحق التعويض عن الضرر دون حاجة لاعذار الناقل لانه يستحيل عليه القيام بالاعذار بسبب ظروف النقل.
٢- إذا جاهر المدين بعلمه بحلول الأجل وبنيته في تنفيذ التزامه، فلا لزوم للإعذار عندئذ. لأن المدين يكون قد أعلن بما يهدف الإعذار الى إعلامه به، وتحقق غرض الاعذار قبل وقوعه.

المطلب الثاني

أثار الإعذار

تترتب على الاعذار نتيجتان قانونيتان، هما على التعاقب:

النتيجة الاولى - إلزام المدين بالتعويض عن التأخير في التنفيذ من وقت الإعذار: إذا اعذر الدائن مدينه، أصبح المدين مسؤولاً عن الضرر اللاحق بالدائن بسبب التأخير في التنفيذ من وقت الإعذار.اما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فإن فوائد التأخير يبدأ سريانها من تاريخ المطالبة القضائية بها لا من تاريخ الإعذار، ما لم يحدد القانون او الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها. وسبب عدم مسؤولية المدين قبل الإعذار، هو افتراض ان الدائن غير متضرر من التأخير ويحمل سكوته على انه رضاً ضمنياً بمد أجل الوفاء. وبالاعذار يفصح الدائن عن رغبته الجدية في استيفاء حقه دون تأخير ويلقي تبعة اي ضرر يلحق به على عاتق المدين.

النتيجة الثانية - انتقال تبعة الهلاك: تأثر مشرعنا في أحكام تبعة الهلاك بالفقه الإسلامي وميز بين يد الضمان ويد الأمانة. وعرف يد الضمان بأنها يد غير المالك إذا حاز الشيء بقصد تملكه. كيد الغاصب، ويد الحائز بقصد التملك سواء كان حسن النية او سيئها. وعرف يد الأمانة بأنها يد غير المالك إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه وانما على اعتباره نائباً عن المالك كيد الوديع والمستأجر والمستعير.
وقضى بأن الشيء إذا انتقل من يد مالكه الى يد غير المالك بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير، فإن تبعة الهلاك تكون على صاحب اليد إذا كانت يده يد ضمان على الشيء ويهلك على صاحب الشيء إذا كانت يد صاحب اليد يد أمانة. ولكن يد الأمانة تنقلب الى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه دون اذنه.
فان كان الالتزام بالتسليم مستقلاً، وانتقل الشيء من يد مالكه الى يد غير المالك بعقد، كعقد الإعارة او الوديعة او الإيجار وهلك الشيء بسبب أجنبي وهو في يد الحائز تحمل المالك تبعة الهلاك لأن يد الحائز يد أمانة.
إلا ان يد المستعير او الوديع، وهي يد أمانة قد تنقلب الى يد ضمان إذا حبس أي منهما الشيء دون حق. كأن يطالبا برده ويمتنعان عن الرد دون سبب مشروع.
وإذا انتقل الشيء بغير عقد الى الحائز، كالغصب والحيازة بحسن نية او بسوئها وهلك الشيء دون تعد او تقصير منه، تحمل الحائز تبعة الهلاك، لأن يده يد ضمان.
أما إذا كان الالتزام بالتسليم تبعياً، كألتزام البائع بتسليم المبيع، وهلك الشيء بيده قبل تسليمه إلى المشتري، فإنه يهلك على البائع ، لأن يد البائع وهو المالك القديم توصف بانها يد ضمان حتى ينفذ التزامه بالتسليم، غير أن يد البائع تنقلب قبل التسليم الى يد امانة إذا دفع بعدم التنفيذ وحبس المبيع في يده لأن المشتري لم يدفع الثمن وهلك المبيع بسبب اجنبي فان المشتري هو من يتحمل تبعة الهلاك.
وبالإعذار تنتقل تبعة الهلاك من عاتق الطرف الذي كان يتحمله إلى عاتق الطرف الآخر. فإذا كانت يد المدين يد امانة، كيد الوديع والمستعير، فان قام الدائن باعذارهما بوجوب التسليم وامتنعا تحولت يدهما من يد أمانة الى يد ضمان ويتحملان حينئذ تبعة الهلاك ولو بسبب أجنبي.

وإذا كانت يد المدين يد ضمان وإن لم تكن الحيازة بقصد التملك، كيد البائع قبل التسليم، الا ان يد البائع تتحول الى يد امانة اذا اعذر المشتري بوجوب تسلم الشيء وامتنع عن تسلمه وهلك الشيء بسبب أجنبي في يد البائع تحمل المشتري تبعة هلاك الشيء، فبالأعذار تنتقل تبعة الهلاك من عاتق المدين بالتسليم الى عاتق الدائن به.

المبحث الثاني
تقدير التعويض

عند توفر شروط استحقاق التعويض، أصبح التعويض مستحقاً، ووجب تقديره، والتزم المدين بدفعه سواء تم ذلك اختياراً او جبراً.
والأصل أن يقوم القاضي بتقدير التعويض والحكم به. ويسمى التعويض عندئذ بالتعويض القضائي، ويجوز ان يتم تقدير التعويض بإتفاق الطرفين ويسمى التعويض الاتفاقي او الشرط الجزائي، وقد يتولى القانون تقديره عندما يكون محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، ويسمى بالتعويض القانوني.

المطلب الاول
التعويض القضائي

التعويض القضائي: هو تعويض يقدره القضاء ويحكم به عند الفصل في الدعوى التي يقيمها الدائن على مدينه ليحمله بمقتضاها مسؤولية عدم تنفيذ التزامه او التأخر في تنفيذه.
وقد سبقت الإشارة الى أنواع التعويض وكيفية تقديره وعناصره ووقت تقدير الضرر الذي يجب التعويض عنه، عند شرح نظرية الالتزام واليها ينبغي الرجوع.

المطلب الثاني
التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

ـ تعريفه: يعرف التعويض الاتفاقي بانه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدماً مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه.
ويسمى ايضاً بالشرط الجزائي، فهو شرط لانه يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي ليقوم استحقاق التعويض على اساسه، وهو جزائي لان الغرض منه مزدوج، فهو تعويض للدائن عما يصيبه من ضرر. وهو جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذ التزامه او لإخلاله به او لتأخره فيه، وينطوي على معنى التهديد دون ان يكون عقوبة، لان المبلغ الذي يتضمنه يقدر عادة بأكثر من الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة اخلال المدين بالتزامه او عدم تنفيذه او تأخره.
ـ تطبيقاته: قد يكون التعويض الاتفاقي تعويضاً عن عدم التنفيذ او عن التأخير في التنفيذ، كما لو اشترط رب العمل على المقاول تعويضاً عن عدم التنفيذ او تعويضاً معينا عن كل يوم يتأخر فيه عن اقامة البناء عن الموعد المحدد، ولا مانع ان يكون تعويضاً اتفاقياً عن مسؤولية تقصيرية كالاتفاق على تقدير التعويض المستحق في حالة خيانة أمانة، والشرط الجزائي كثير الوقوع في الحياة العملية، لاسيما في عقود المقاولات والتوريد والأشغال.
ـ الأغراض من الشرط الجزائي: قد يراد من الشرط الجزائي التحايل على احكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير. او تعديل احكام المسؤولية العقدية تخفيفاً او تشديداً، الا ان اهم غرض يهدف اليه هو تجنب تحكم القضاء او التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض، وتحاشي النزاع الذي يثور بشأن ركن الضرر من حيث وجوده أو انعدامه وطبيعته.
خصائص الشرط الجزائي: يتميز الشرط الجزائي بالخصائص الآتية:

اولاً - انه اتفاق بين طرفين: فيجب ان يستوفي هذا الاتفاق أركان العقد وشروطه وتسري عليه جميع أحكام العقد من بطلان وتوقف وغيرها.
ثانياً: انه اتفاق على تقدير التعويض. ولكي ينتج هذا الاتفاق اثره يجب تتوافر شروط استحقاق التعويض.
ثالثاً: انه اتفاق يحدد فيه مقدماً مقدار التعويض: فيجب ان يسبق هذا الاتفاق عدم التنفيذ او التأخير فيه وإلا اعتبر صلحاً، ويدرج عادة ضمن بنود العقد الأصلي ولا مانع ان يتم في اتفاق لاحق بشرط ان يقع قبل الإخلال بالالتزام.
رابعاً: انه اتفاق ينطوي على خروج عن أحكام التقدير القضائي: الأصل ان يتولى القضاء تقدير التعويض، ولذلك تعتبر احكام التعويض الاتفاقي احكاماً استثنائية فيجب ان يفسر دون توسع وقصره على الحالة التي قصدها الطرفان.
خامساً: انه اتفاق تبعي: لان الاتفاق على الشرط الجزائي لم يقصد لذاته، وانما تم بمناسبة اتفاق آخر وبقصد حمل المتعاقد على تنفيذه. فهو اتفاق لا يولد التزاماً اصلياً بالتعويض وإنما ينشئ التزاماً تبعياً بتقدير التعويض.
طبيعة الشرط الجزائي: سبق القول ان الشرط الجزائي لم يقصد لذاته، وانما هو التزام تبعي تم بمناسبة اتفاق أصلي آخر وبقصد حمل المتعاقد على تنفيذه.فهو يحدد التزاماً جزائيا في صورة تعويض مقدر لا ينشأ الا نتيجة الإخلال بالالتزام الأصلي، وتترتب على صفة التبعية للشرط الجزائي نتائج أهمها ما يأتي:
من حيث التنفيذ: تكون العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي عند مطالبة الدائن مدينه بالتنفيذ مادام التنفيذ العيني ممكنا ، الا انه يجوز للدائن طلب تطبيق الشرط الجزائي اذا وافقه المدين على ذلك ويفسر هذا التحول بانه تم بناءاً على اتفاق ضمني، واذا استحال التنفيذ العيني بخطأ المدين فان للدائن طلب تنفيذ الشرط الجزائي وللمدين ان يعرض تنفيذه، الا انه اذا كانت استحالة التنفيذ بسبب أجنبي فان الالتزام الأصلي ينقضي ويسقط الالتزام التبعي، ولا تجوز المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي، لان المدين لا يكون مسؤولاً والتعويض لا يكون مستحقاً حينئذ.
من حيث الأوصاف: وبالنظر لتبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي فانه تلحق به جميع الأوصاف التي يقترن بها الاخير من شرط وتعدد واجل.
من حيث البطلان: ان بطلان الالتزام الأصلي، بسبب انعدام الأهلية او عدم مشروعية المحل مثلاً، يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي، اما بطلان الشرط الجزائي فلا يؤثر على صحة الالتزام الأصلي لانه تابع،والتابع قد يسقط والأصل يظل قائماً ، كمخالفة الشرط الجزائي لقواعد القانون الآمرة كاشتراط الدائن المرتهن تملك العقار المرهون اذا لم يوف المدين بالدين في اجله، أو لمخالفته للنظام العام كأن يتعهد ممثل الا يمثل في مسرح معين وإلا حبس نفسه.
من حيث الفسخ: ان فسخ العقد وهو مصدر الالتزام الأصلي يؤدي الى سقوط الشرط الجزائي ويقدر التعويض حينئذ من قبل القضاء.

احكام الشرط الجزائي

يتضح من نص المادة (170) مدني عراقي ان الشرط الجزائي اذا توافرت شروطه يصبح ملزماً للمتعاقدين، ويجب على القاضي الحكم به، ولا يستطيع القاضي ان يجري تعديلاً في المبلغ المقدر تبعاً للضرر الذي أصاب الدائن تخفيضاً أو زيادة إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، وهي كما يأتي:
أ- تخفيض الشرط الجزائي: يجوز للمحكمة ان تنقص قيمة الشرط الجزائي في حالتين حسب (م - 170) م ع. وهما:
اولاً - إذا كان الشرط الجزائي مبالغاً فيه لدرجة كبيرة: أو حسب تعبير المشرع العراقي (اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحاً). ففداحة التقدير يجب ان تفسر على نحو ما قصده المشرع المصري، وعليه لا يكفي لتخفيض قيمة الشرط الجزائي ان تكون في التقدير زيادة بحيث تتجاوز قيمته قيمة الضرر، وإنما يجب ان تكون قيمة الزيادة مبالغاً فيها الى درجة كبيرة.

ثانياً - إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه: تقتضي العدالة ان الشرط الجزائي لا يستحق بكامله إلا اذا لم ينفذ المدين التزامه كاملاً، فإذا اثبت المدين انه قام بتنفيذ التزامه تنفيذا جزئياً قبله الدائن دون اعتراض ولم يتضرر منه، جاز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما تم تنفيذه نزولاً عند مقتضيات العدالة واحتراماً لإرادة المتعاقدين حيث يمكن القول ان إرادة الطرفين قد انصرفت الى التخفيض مادام المدين قد نفذ جزءاً من التزامه.
واحكام المادة ١٧٠ م .ع من النظام العام ويقع بطلاً كل اتفاق يخالف مقتضاها، واذا تم التخفيض فلا يتحتم ان يكون مساوياً للضرر بل يكفي ان يكون متناسباً معه.
ب - زيادة الشرط الجزائي: للمحكمة ان تزيد من قيمة الشرط الجزائي إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع، وذلك في حاتين تبرر زيادة التعويض فيهما احكام شروط الإعفاء من المسؤولية او التخفيف منها:
اولاً - حالة الغش والخطأ الجسيم: إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي ينسب الى غش او خطأ جسيم ارتكبه المدين وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط الجزائي (م - 170) مدني عراقي.
ثانياً - اذا كانت قيمة الشرط الجزائي تافهة: اذا كانت قيمة الشرط الجزائي من التفاهة بحيث لا تعتبر تعويضاً جدياً عن الضرر، وكان الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية، تطبيقاً لنص المادة ٢٥٩ التي قضت بابطال كل شرط يعفي من المسؤولية التقصيرية، والشرط الجزائي اذا تفهت قيمته لا يعتبر تعويضاً جدياً عن ضرر واقع، ويعتبر اعفاءاً ضمنياً وغير مباشراً من المسؤولية التقصيرية فيكون باطلاً.
واحكام الحالتين اعلاه من النظام العام ويقع بطلاً كل اتفاق يخالف مقتضاهما.

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

للقاضي سلطة مطلقة في الحكم بالتعويض المتفق عليه او تعديله ولا رقابة من محكمة التمييز على حكمه، وتعد توافر اركان المسؤولية من العناصر التي تخضع لتقديره، فاذا توفرت شروط استحقاق التعويض ووجد القاضي تناسباً بين قيمة الشرط الجزائي وبين قيمة الضرر حكم بمقتضى الشرط الجزائي دون تعديل في قيمته وان جاوزت قيمته الضرر مراعيا التناسب بين القيمتين لا التساوي، وله ان يجري عليه تعديلاً في الأحوال التي نص عليها القانون.
حكم الشرط الجزائي في عقد ناقل لملكية عقار او منشئ لحق الرهن عليه، دون ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري: يتضح من نصوص القانون المدني العراقي، ان العقد ناقل لملكية عقار او المنشئ لحق الرهن عليه من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، اما العقد غير المسجل فيعتبر باطلاً ويكون في حكم العدم ولا يرتب اثراً باعتباره عقداً ناقلاً للملكية او منشئاً للرهن، ومع فان القانون يلقي على عاتق الناكل عن التسجيل التزاماً بالتعويض، وقد اختلف شراح القانون المدني في تحديد مصدر هذا التعويض ومصير الشرط الجزائي الذي تضمنه التعهد إن وجد، وهذه الآراء هي:
الرأي الاول: يذهب الى ان المسؤولية تقصيرية، وان الشرط الجزائي يكون باطلاً، ويقدر القاضي التعويض على اساس الفعل الضار. وحجته ان بطلان الالتزام الأصلي يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي ، وهذا الرأي وان يساير منطق الشكلية الا انه يهدر قيمة التعهد السابق والشرط الجزائي.
الرأي الثاني: ويرى ان المسؤولية عقدية ويبقى الشرط الجزائي صحيحاً، واخذ به الكثير من الشراح إلا انهم اختلفوا في تبريره، فذهب فريق منهم الى ان العقد قبل تسجيله صحيح ولكنه لا ينتج أثره الا بعد تسجيله، ومادام صحيحاً فان اطرافه تلتزم به وبالشرط الجزائي الذي تضمنه ، وهو رأي ينسجم موقف المشرع المصري لا العراقي فيما يتعلق بالشكلية. وذهب آخرون الى ان التعهد قبل تسجيله يولد بعض الاثار الشخصية باعتباره عقداً غير مسمى تحول اليه العقد الباطل طبقا لنظرية تحول العقد، ولذلك يبقى الشرط الجزائي صحيحاً مستنداً الى العقد غير المسمى الذي تحول اليه.ويرد عليه بان التعهد ينشأ منذ البدء عقداً غير مسمى دون الحاجة للقول بتحوله وفقا لنظرية تحول العقد ويرهن ذلك بمدى تحقق شروطها. ونرى ان العقد قبل تسجيله لا يعتبر عقد بيع او رهن وانما هو عقد غير مسمى، وهو عقد ملزم يوجب التعويض عند الاخلال به.

وعليه فان التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية مصدرها العقد غير المسمى، وان تضمن التعهد شرطاً جزائياً وجب على القاضي ان يحكم به او ان يعدله في الاحوال التي نص عليها القانون. وهو ما أخذت به محكمة التمييز.

تمييز الشرط الجزائي عما يشتبه به من أوضاع:

اولاً - تمييز الشرط الجزائي عن العربون.

إذا كانت دلالة العربون جزاء العدول عن العقد، فانه يشتبه بالشرط الجزائي عندئذ، اذ ينظر اليه كتعويض يستحق عن العدول عن العقد، ومع ذلك فإن ثمة فروق بينهما تجعلهما جزاءين مختلفين، وكما يلي:

اولاً: يعتبر الشرط الجزائي تقديراً لتعويض يستحق عند توافر شروط التعويض، اما العربون فجزاء حق العدول بصرف النظر عن وقوع الضرر.

ثانياً: يجوز تعديل قيمة الشرط الجزائي زيادة او نقصاناً في الحالات التي نص عليها القانون ليتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي، اما العربون فينبغي الحكم بمقداره الذي حدده الطرفان دون تعديل فيه لانقطاع الصلة بين استحقاقه وبين توافر الضرر وجوداً وعدماً.

ثالثاً: يشترط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي حسب الاصل باعتباره تعويضاً، اما العربون فلا يعتبر تعويضاً وإنما يعد مقابل حق العدول عن العقد فلا يشترط الاعذار لاستحقاقه.

ثانياً تمييز الشرط الجزائي عن شرط الحد الاعلى للمسؤولية.

قد تشترط شركات الطيران او السكك الحديد او اي متعهد بالنقل بأن مسؤوليتها لا تتجاوز مبلغاً معيناً عند ضياع رزمة او صندوق من البضاعة المرسلة كتعويض عن الضياع وهذا ما يسمى شرط الحد الأعلى للمسؤولية، فان زاد الضرر عن المبلغ المعين دفعت ما تحدد في الشرط من مبلغ وإذا قل عنه دفعت مبلغاً يساوي الضرر الفعلي لا المبلغ المعين في الشرط. ويشترك كلا الشرطان في انهما اتفاق على تقدير التعويض يقدر بمبلغ مقطوع وعلى أساس عنصر الضرر الا ان الفارق بينهما ان قيمة مبلغ شرط الحد الأعلى تخفض عندما يثبت المسؤول نقصان الضرر الفعلي عن قيمة التعويض، اما الشرط الجزائي فالاصل ان لا يتم تعديل قيمته إلا في الأحوال التي نص عليها القانون.

المطلب الثالث

التعويض القانوني (الفوائد)

تولى القانون تقدير مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، وكان في تدخله مدفوعاً بكراهة تقليدية للربا، فرتب التعويض على مسؤولية المدين عند التأخر في تنفيذ التزام محله الانتفاع بمبلغ من النقود بعد ان أجرى تحويراً على قواعد المسؤولية المدنية، والمقصود بالتعويض القانوني في هذا المقام هي الفوائد.

وتعرف الفائدة بانها: مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له، او نظير انتفاعه بمبلغ من المال في عقد من عقود المعاوضة.

انواع الفوائد: يتضح من التعريف ان الفوائد على نوعين فوائد تأخيرية وفوائد تعويضية (استثمارية).

اما الفوائد التأخيرية: فهي الفوائد المستحقة عند التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود اياً كان مصدر هذا الالتزام، عقداً او إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع أو كسباً دون سبب او نص للقانون، فهذا الالتزام (دفع نقود) يقبل التنفيذ العيني دائما ولا محل للمطالبة فيه عن التعويض عن عدم التنفيذ، فتقتصر المطالبة فيه على التعويض عن التأخير في تنفيذه.

اما الفوائد التعويضية (الاستثمارية): فهي الفوائد المستحقة نظير انتفاع المدين بمبلغ من النقود ويكون العقد مصدرها، ويلتزم المدين بدفعها مقابل الانتفاع بالدين ما ظل مترتباً في ذمته الى حين ميعاد استحقاق الوفاء بالدين. كالفوائد المستحقة على المقترض، والفوائد التي يستحقها حامل السند أو من أودع وديعة في مصرف.

وتوجد ثلاثة فروق بين هذين النوعين من الفوائد:

اولهما: ان الفوائد التأخيرية تعتبر تعويض عن دين حل اجله، اما الفوائد التعويضية فتعويض عن دين لم يحل اجله ثانيهما: ان الفوائد التأخيرية تستحق عند التأخر في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود اياً كان مصدر هذا الالتزام.

اما الفوائد التعويضية فتستحق مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود ويكون مصدرها العقد.

ثالثهما: الفوائد التأخيرية هي فوائد اتفاقية او قانونية تولى القانون تحديدها، اما الفوائد التعويضية فهي اتفاقية دائما

شروط استحقاق الفوائد

أ ـ شروط استحقاق الفوائد التأخيرية:

يتضح من نصوص المواد (171، 173) م.ع، أن يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية توافر شروط ثلاثة، هي:

اولاً: أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام.

لا تستحق الفوائد القانونية إلا عند الإخلال بالتزام يكون محله مبلغ من النقود، اياً كان مصدره عقداً كألتزام المقترض برد المبلغ الذي اقترضه، او كسب دون سبب كالتزام من استلم نقوداً دون حق بردها، او القانون كالالتزام بالنفقة. كما يجب ان يكون محل الالتزام نقوداً منذ نشأته، فلا تستحق الفوائد اذا كان محلها غير النقود ابتداءاً وأصبح كذلك فيما بعد، فلا فوائد على الالتزام بدفع التعويض الناشئ عن المسؤولية التقصيرية او العقدية، لان التعويض في الحالتين يعتبر تنفيذا بمقابل لا تنفيذاً عينياً لالتزام أصلي.

وينبغي ايضا ان يكون محل الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، فلا فوائد إذا تحدد مقدار محل الالتزام عند المطالبة به ولم يكن كذلك عند نشأته، فلو اتلف شخص مال غيره وحكم عليه بالتعويض، فسيخلو الحكم من احتساب الفوائد.

ثانياً: تأخر المدين في الوفاء.

ان المسؤولية الناشئة على عدم تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود هي المسؤولية المترتبة على التأخير في الوفاء به، لانه التزام يقبل التنفيذ العيني دائماً، وبما ان الفوائد هي تعويض مقدر بنص القانون او الاتفاق، فينبغي لاستحقاقها ان تتوفر شروط استحقاق التعويض، وهي توفر أركان المسؤولية المدنية، خطأ وضرر وعلاقة سببية، واعذار المدين، الا ان مشرعنا خرج على قواعد استحقاق فوائد التأخير واجرى تحويراً على قواعد المسؤولية، مراعياً مصلحة الدائن، كما لم يكتف بشرط الاعذار لاستحقاقها فتشدد بشأنه مراعياً مصلحة المدين.

ففيما يتعلق بأركان المسؤولية، لم يشترط القانون اثبات حصول ضرر بالدائن لإستحقاق الفوائد التأخيرية ولم يكلف الدائن بإثبات وجوده ومقداره، ذلك لانه افترض تحقق الضرر بسبب التأخر في الوفاء عن الميعاد المتفق عليه فرضاً غير قابل لإثبات العكس ولم يمكن المدين من نفي وقوعه، فضلاً عن ان المشرع افترض مقدار الضرر فلم يجز المطالبة بزيادة او بإنقاص فوائد التأخير، قانونية او اتفاقية، الا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر. وذلك تقديراً من المشرع الى اهمية النقود في النظام الاقتصادي المعاصر الذي ييسر استثمار النقود وان التأخير في دفعها يحرم الدائن من استثمارها.

واذا انتفت ضرورة اثبات الضرر فان ذلك يستتبع حتماً اقتراض العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فرضاً لا يقبل اثبات العكس، اما عنصر الخطأ فقد تحور ليبدو في صورة التأخير في الوفاء، لان الالتزام بدفع مبلغ معين في اجل معين هو التزام بتحقيق نتيجة لانه التزام بنقل ملكية واذا لم تتحقق النتيجة ثبت الخطأ، والنتيجة لن تتحقق إلا اذا تم الوفاء في ميعاد معين.

ثالثاً ـ مطالبة الدائن بفوائد التأخير مطالبة قضائية: رعاية لمصلحة المدين، لا يكفي الإعذار لاستحقاق الفوائد، كما حال صور التعويض الأخرى، وانما تتشدد القانون بدافع كراهية الربا وتطلب المطالبة القضائية لاستحقاقها، ولا يكتفى بالمطالبة باصل الدين لاستحقاقها وانما ينبغي طلب الفوائد في عريضة الدعوى، ولذلك لا تسري الفوائد إذا كانت عريضة الدعوى باطلة، او سقطت الخصومة أو تركت، او رفعت الدعوى أمام

محكمة غير مختصة. الا ان المطالبة القضائية لاستحقاقها ليست من النظام العام ولذلك يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وقد يجري العرف على غير مقتضاها، وقد ينص القانون على عكسها كما سبق البيان.
فقد يتفق الطرفان على سريان الفوائد الاتفاقية من تاريخ ثبوت الدين في ذمة المدين، او من وقت الاعذار، او منذ حلول الاجل، اما الفوائد القانونية فيبقى الاصل في سريانها المطالبة القضائية اذ لا وجود للاتفاق بشأنها.
وقد يحدد العرف ميعاد سريانها كما هو الحال في الحساب الجاري ومن وقت الخصم والإضافة.
ب ـ شروط استحقاق الفوائد التعويضية: تستحق الفوائد التعويضية عند توافر شرطين هما:
اولاً ـ أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام: ولا تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية، لأن الفوائد قانونية او تأخيرية لا تستحق الا عند توافر هذا الشرط، وكما سبق البيان.
ثانياً ـ ان يتم الاتفاق عليها بين الطرفين: فاتفاق الدائن مع المدين عليها شرط لاستحقاقها، فلا يلتزم المشتري بدفع الفوائد على الثمن المؤجل، ولا المقترض بدفع فوائد المبلغ المقترض، الا عند الاتفاق عليها، وكذلك يتناول الاتفاق تحديد سعرها على ان لا يتعدى الحد الاعلى الذي قرره القانون.
تحديد سعر الفائدة: تدخل القانون بدافع كراهية الربا في التشريعات كافة، وفي القوانين الإسلامية خاصة، في تحديد سعر الفائدة، فبالنسبة للفوائد القانونية فقد حدد القانون المدنية سعرها وجعله أربعة في المائة في القضايا المدنية وخمسة في المائة في القضايا التجارية، والفوائد القانونية كما سبق البيان هي فوائد تأخيرية يحددها القانون عند عدم الاتفاق على سعرها بين المتعاقدين، والعبرة بالمدين في التمييز بين المسائل المدنية والتجارية، إذ تحتسب الفائدة بالسعر القانوني في المسائل المدنية إذا كان المدين غير تاجر وإن كان الدائن تاجراً والمعاملة تجارية.
اما الفوائد الاتفاقية فقد ترك القانون تحديدها الى إرادة المتعاقدين بشرط ان لا يزيد سعرها على سبعة في المائة ويجوز ان تقل عن السعر القانوني طبقا لما تم الاتفاق عليه.
جواز تخفيض سعر الفائدة او إسقاطها: يجوز تخفيض سعر الفائدة او الحكم بعدم استحقاقها في حالات ابتغى فيها المشرع العراقي محاربة الربا الفاحش، هي:
أولاً ـ الفائدة المستترة: اية عمولة او منفعة أياً كان نوعها اشترطها الدائن، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت ان هذه العمولة او المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا تقابلها منفعة مشروعة.
ثانياً ـ تسبب الدائن بخطئه في إطالة أمد النزاع: تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق، اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في إطالة امد النزاع بخطئه، فللمحكمة ان تخفض الفوائد، قانونية كانت ام اتفاقية، او لا تقضي بها اطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر.
ثالثاً ـ الفوائد على متجمد الفوائد، او الفوائد المركبة: وتعني الفائدة المركبة إضافة الفوائد المستحقة الى رأس المال، وتقاضي فوائد قانونية او اتفاقية على المبلغ الجديد، وبالنظر الى ما تنطوي عليه من تضخم للدين فقد حرمتها القوانين الحديثة ومنها قانوننا.ويستثنى من ذلك التحريم ما جرت عليه القواعد والعادات التجارية.
رابعاً ـ زيادة مجموع الفوائد على رأس المال: لا يجوز ان يتجاوز مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن اتفاقية كانت ام تأخيرية على مقدار رأس المال. فإن تجاوزه التزم المدين بدفع ما يساوي رأس المال من فوائد فقط، وع ذلك فان هناك قيدين على هذه القاعدة هما:
اولاً: يصح تجاوز الفوائد مقدار رأس المال إذا جرت القواعد والعادات التجارية على ذلك، فيجوز في الحساب الجاري بمقتضى العرف التجاري زيادة الفوائد على رأس المال، نظراً لجواز تقاضي الفائدة المركبة فيه.
ثانياً: يصح التجاوز اذا تعددت الصفقات، بشرط ان لا يقع التعدد تحايلاً على حكم القانون، كأن يتم تجزئة الصفقة الى صفقتين تجزئة صورية.
جواز تخطي حدود الفائدة المقررة قانوناً: يجوز تخطي حدود الفائدة المقررة قانوناً في الحالتين الآتيتين:
اولاً: اذا تسبب المدين بغشه أو بخطئه الجسيم في الحاق ضرر بالدائن يجاوز في مقداره الفوائد المستحقة، فللدائن ان يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية او الاتفاقية.

ثانياً: جواز ان يتجاوز السعر القانوني للفوائد التجارية، السعر الذي حدده القانون في الحساب الجاري.

خصائص الفوائد: تتميز الفوائد بالخصائص الثلاث الآتية:

اولاً: انها تعويض تولى القانون تقديره ولذلك سميت الفوائد بالتعويض القانوني، مدفوعاً بعاملين اولهما ان النقود رأس مال مستثمر يدر النفع دائماً، وثانيهما عدم فسح المجال لاستغلال المدين استغلالاً يتسرب منه الربا الفاحش.

ثانياً: انها تعويض خرج فيه المشرع على القواعد العامة للمسؤولية المدنية تأثراً بطبيعة النظام الاقتصادي المعاصر.

ثالثاً: انها تعويض تمادى المشرع في التدخل في نطاقه إمعاناً في محاربة الربا.

****

الفصل الثالث

حق الضمان العام ووسائل المحافظة عليه

اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختياراً، أمكن جبره على التنفيذ الجبري، عينياً كان أم بطريق التعويض، فلم يعد الالتزام علاقة بين شخصين، وانما تغيرت النظرة إليه فأضحى علاقة بين ذمتين. والذمة المالية للمدين هي الضمان العام لحقوق الدائنين كافة.

والذمة المالية للمدين تعني مجموع ما للشخص من حقوق موجودة أو قد توجد والتزامات ناشئة أو قد تنشأ. فهي تشمل الحقوق والالتزامات الموجودة وما سيوجد منها في المستقبل، وهذا ما يفسر قدرة الدائن على التنفيذ على مال للمدين لم يكن يملكه وقت نشوء الدين، وعدم استطاعته التنفيذ على مال خرج من ملك المدين وقت التنفيذ وكان من عناصر ذمته وقت نشوء الحق، كما يفسر عدم انقضاء الدين الا بقدر ما يسدد منه، فإذا نفذ الدائن على أموال المدين ولكن الدين لم يسدد كاملاً فأن كل ما سيئول الى المدين من مال مستقبلاً سيدخل في ضمان الدائن ويستطيع التنفيذ عليه. وطبيعي ان الدائن يقتضي حقه من العناصر الموجبة من الذمة المالية للمدين وهي الحقوق، بينما تمثل الالتزامات العناصر السالبة من ذمته، فأي دين من ديون المدين تضمنه جميع أمواله. وعبرت المادة ٢٦٠ مدني عن ما تقدم بقولها (أموال المدين جميعاً ضامنة للوفاء بديونه).

خصائص الضمان العام واختلافه عن الضمان الخاص أو التأمين العيني:

تعتبر اموال المدين ضماناً عاماً لحقوق الدائنين كافة. ويسمى الدائن بحق شخصي دائناً عادياً، تمييزاً له عن الدائن بحق عيني ، كالدائن المرتهن، الذي يتمتع بضمان خاص إضافة الى الضمان العام.

ويتميز الضمان العام بالخصائص الثلاث الآتية:

اولاً ـ انه لا يخول حق افضلية لدائن عادي على غيره: فالدائنون كافة متساوون قانوناً في هذا الضمان العام إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون. وهذا يعني، ان لكل دائن الحق في ان ينفذ على أي مال للمدين لا فرق بين الدائن العادي وبين الدائن المرتهن أو صاحب حق امتياز. وللدائنين الآخرين التدخل في الاجراءات التي اتخذها احدهم ومشاركته في حصيلة اجراءاته لاستيفاء حقوقهم منها فيقسم ما ينتج عن التنفيذ على مال المدين فيما بينهم. وإن لم يكف الثمن للوفاء بحقوقهم كاملة فيقسم بينهم قسمة غرماء، أي بنسبة دين كل منهم الى مجموع الديون.

وإذا كان لأصحاب الحقوق العينية التبعية، كالدائن المرتهن والدائن الممتاز، حق التقدم على غيرهم من الدائنين العاديين، فإن ذلك لا يمس طبيعة الضمان العام، وإنما يترتب على ما لهم من ضمان خاص يخولهم حق التقدم على الدائنين العاديين في اقتضاء حقوقهم من ثمن المال الذي ورد عليه الحق العيني وأصبح تأميناً عينياً لاستيفائه.

ذلك لأن لصاحب الحق العيني التبعي ضمانان. احدهما عام يتمثل في جميع اموال المدين. وثانيهما خاص، وهو الذي ورد عليه حقه العيني التبعي كدار للمدين مرهونة لصالحه، يخوله حق التقدم في استيفاء حقه منه قبل غيره من الدائنين العاديين، واذا لم يكف ثمنه لإيفاء حقه كاملاً، انقلب الى دائن عادي بالنسبة لما تبقى من حقه وتساوى وغيره من الدائنين في الضمان العام.

ومما يذكر، ان المقصود من نص القانون على المساواة بين الدائنين، هي المساواة القانونية وليست المساواة الفعلية، فإذا بادر بعض الدائنين الى التنفيذ بتوافر شروطه فأنهم يقتضون حقوقهم دون ان يشاركهم غيرهم من الدائنين في ثمرة التنفيذ. ذلك ان التنفيذ يتطلب شرطين، اولهما: ان يكون حق الدائن مستحق الأداء وغير متنازع في وجوده وفي مقداره، وثانيهما: ان يكون بيد الدائن سند تنفيذ، ومن لا يتوفر فيه ذلك لا يشارك غيره في إجراءات وحصيلة التنفيذ.

ثانياً ـ انه لا يخول الدائن العادي حق تتبع ما يخرج من ملك المدين من مال: فلا يستطيع الدائن العادي ملاحقة مال المدين الى أي يد انتقل اليها. ذلك لأن حقه يترتب في ذمة المدين المالية دون ان ينصب على مال معين تجوز ملاحقته. فإذا خرج المال من ملك المدين بالبيع مثلاً، سرى البيع في مواجهة الدائن ولا يستطيع التنفيذ عليه. وفي ذلك يختلف الضمان العام عن الضمان الخاص او التأمين العيني. ففي الضمان العام تتحدد اموال المدين التي يجوز التنفيذ عليها بما يملكه وقت التنفيذ، ولا سبيل للدائن الى ما خرج من ملك مدينه من مال قبلئذ، اما في الضمان الخاص فيتعلق الحق بمال معين بذاته تجوز ملاحقته متى انتقل من يد لأخرى.

ثالثاً ـ انه لا يخول للدائن حق التدخل في ادارة المدين أمواله والتصرف فيها: فحق المدين في إدارة امواله والتصرف فيها لا يتأثر بكثرة ديونه او بتعدد دائنيه، وإنما يظل حقه قائماً حتى تتخذ إجراءات التنفيذ، أو يصدر الحكم بحجره عن التصرف في امواله إذا اعتبر مفلساً. ويستوي الضمان العام والضمان الخاص من حيث الحيلولة دون المدين والتصرف في امواله، ولكنهما يختلفان من حيث التأثير على مدى قدرته على التصرف فيها. ذلك لأن الضمان الخاص يثقل مال المدين ويفرض قيوداً على التصرف في المال الذي قدمه ضماناً خاصاً لإستيفاء دين ما.

ـ وسائل حماية حقوق الدائنين: لا تبدو اهمية الضمان العام الا عند الشروع باجراءات التنفيذ على اموال المدين، اما قبلها فيكون المدين حراً في إدارة أمواله والتصرف فيها، وعليه فان مصلحة الدائنين تقتضي المحافظة على اموال المدين والإبقاء على ذمته المالية مليئة كي يتمكنوا من التنفيذ عليها، ولذلك كان لابد للقانون من تأكيد هذا الضمان بحماية الدائن ضد إهمال المدين او ضد تصرفاته المنطوية على الغش في الفترة السابقة على التنفيذ لما يترتب على تصرفاته تلك من أضرار بالدائنين وإنقاص الضمان العام لحقوقهم، فقرر وسائل مختلفة لتحقيق هذا الغرض، وتعرف هذه الوسائل بأسم الوسائل الممهدة للتنفيذ.

والوسائل الممهدة للتنفيذ تقف وسطاً بين الوسائل التحفظية، التي ترمي الى مجرد المحافظة على اموال المدين كوضع ختم على أمواله او قطع تقادم بالنسبة لحقه ...، وبين الوسائل التنفيذية التي تهدف الى التنفيذ على اموال المدين، وانما تقصد التمهيد للتنفيذ دون ان تستغرقه بهدف تسهيل استيفاء الدائنين لحقوقهم عن طريق التغلب على اهمال المدين وغشه.

ـ حصر الوسائل الممهدة للتنفيذ: نشأت هذه الوسائل عن أصل واحد هو مبدأ الضمان العام الذي يفيد بأن كل دين من ديون المدين تضمنه جميع أمواله وان للدائن الحق في الرقابة على اموال مدينه ليأمن على ضمانه العام من الانتقاص، وهي وسائل متنوعة ذكر مشرعنا خمساً منها، هي دعاوى ثلاث: هي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ودعوى الصورية . وإجراءان: وهما الحق في الحبس للضمان والحجر على المدين المفلس، وندرسها تباعاً.

المبحث الأول
الدعوى غير المباشرة

نصت المادة 316 على انه (يجوز لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، ان يستعمل حقوق هذا المدين إلا ما تعلق منها بشخصه خاصة أو كان غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وان إهماله في ذلك من شأنه ان يسبب إعساره او ان يزيد في هذا الإعسار). ونصت المادة (٢٦٢) على انه (يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين. وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في اموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه).

غرض هذه الدعوى: حماية الدائنين من الضرر الناشئ عن إهمال المدين في استعمال حقوقه لعلمه ان أثر الإهمال لن يصيبه وإنما سيلحق بدائنيه وانه لن يستفيد من استعمالها لان نتيجتيها ستؤول إلى ذمته المالية ويستوفي الدائنين حقوقهم منها.
طبيعة هذه الدعوى: تقف هذه الدعوى وسطاً بين الوسائل التحفظية والوسائل التنفيذية، فهي لا ترمي الى مجرد الحفاظ على أموال المدين، وإنما تهدف الى استعمال حق قصر المدين في استعماله إهمالاً أو تعمداً، كما ان مباشرة الدائن لها لا تعتبر تنفيذاً لحقه ولا وسيلة لاستيفائه، وإنما هي للتنفيذ فحسب، فيكون في وسع الدائن استيفاء حقه منه مع بقية الدائنين باللجوء الى وسائل التنفيذ.
وهي دعوى لان الدائن يستعمل حقوق مدينه نيابة عنه ، وهي غير مباشرة لان الدائن يقتضي حقه بطريق غير مباشر هو العمل على المحافظة على عناصر الضمان العام للتنفيذ عليها فيما بعد، ولأن الدائن يستعمل حقوقه نيابة عنه دون وجود علاقة قانونية مباشرة بين الدائن ومدينه.
أساس الدعوى القانوني: تقوم هذه الدعوى على اسس ثلاثة، هي:
اولاً ـ حق الضمان العام، وما يفيده من اعتبار اموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وحماية الدائن من نقص العناصر الموجبة في ذمة المدين.
ثانياً: وجود مصلحة عاجلة مشروعة للدائن تجيز له استعمال حقوق مدينه اذا ثبت ان عدم استعمال المدين لها يسبب إعساره او الزيادة فيه.
ثالثاً: نيابة الدائن عن مدينه. وهي نيابة قانونية وليست وليدة اتفاق، ولكنها نيابة من نوع خاص، لأنها بخلاف احكام النيابة مقررة لمصلحة النائب الدائن لا لمصلحة الأصيل المدين ولذلك تطلب القانون إدخال الأصيل خصماً في الدعوى التي يباشرها النائب نيابة عنه.

المطلب الاول
شروط الدعوى غير المباشرة

تبدو شروط هذه الدعوى على نوعين اولهما الشروط الموضوعية وهي ثلاث فئات وثانيهما الشروط الإجرائية وهما شرطان:

الشروط الموضوعية:

اولاً ـ الشروط الموضوعية المتصلة بحق الدائن: يشترط في حق الدائن ان يكون محققاً مؤكداً وان كان غير معين المقدار على الأقل حتى يستطيع مباشرة هذه الدعوى، فالحقوق تتفاوت من حيث القوة وتتدرج من الضعف الى القوة على النحو الاتي: ١ـ الحق غير المحقق وهو الحق الاحتمالي او الحق المتنازع فيه. وهو اضعف الحقوق. ٢ـ الحق غير المحقق غير المقدر، كالحق في التعويض قبل تقديره. ٣ـ الحق المحقق المقدر. ٤ ـ الحق المستحق الأداء اي غير المؤجل. ٥ـ الحق الواجب التنفيذ، اي الثابت في سند تنفيذ، وهو اقواها.
واكتفى المشرع في حق الدائن، سواء كان دائناً عادياً أو دائناً مرتهناً او له حق امتياز، ان يكون محققاً مؤكداً وان كان غير معين المقدار حتى يستطيع مباشرة هذه الدعوى، وعليه فللمتضرر من عمل غير مشروع ان يستعمل حقوق مدينه قبل صدور الحكم بالتعويض له، ولا يجوز استعمالها من كان حقه احتمالياً كحق الوارث قبل موت المورث او كان حقه متنازعاً فيه، كما يجوز مباشرتها وان كان الحق مقترن بأجل واقف او فاسخ او معلق على شرط فاسخ، اما الحق المعلق على شرط واقف فلا يجوز مباشرتها لانه غير محقق الوجود لان وجوده رهن بتحقيق الشرط.
ثانياً ـ الشروط الموضوعية التي ترجع الى المدين: وهما شرطان يردان الى فكرة المصلحة المشروعة العاجلة للدائن.
اولهما ـ تقصير المدين في عدم استعمال حقه: قد يعمد المدين الى عدم استعمال حقه نكاية بالدائنين، وقد ينتج عن اهمال، وعبء اثبات التقصير على عاتق الدائن، ويكفي اثباته ان المدين قد تأخر في استعمال حقه عن الوقت الذي لا يسمح الرجل المعتاد لنفسه ان ينقضي دون استعمال الحق، كإثباته انه تراخى في رفع الدعوى، او انه رفعها وتوقف عن الاستمرار بها، وللمدين نفي تقصيره بأن يثبت مثلاً ان في الوقت متسعاً لمباشرة

حقه او انه ينشط بعد إهمال ويتولى مباشرة الدعوى بنفسه بدل الدائن، او ينهي هذه الدعوى اذا اتفق مع مدينه على إنهاء النزاع صلحاً.
وللدائن ان يطعن بالصلح بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين بحق دائنه إذا انطوى الصلح على إضرار به.
ثانياً: ان يتسبب عدم استعمال المدين لحقه في إعساره او في زيادة إعساره: والمقصود هنا هو الإعسار الفعلي وليس الإعسار القانوني، ويراد بالإعسار الفعلي زيادة ديون المدين على حقوقه مما يحول بين الدائن وبين استيفاء حقه كاملاً عند التنفيذ. اما الاعسار القانوني فيتطلب حكماً وإجراءات معينة.
وحسب المادة ٢٦١، يشترط ان ينطوي تقصير المدين على إضرار بالدائن، كأن يتسبب في إعساره او الزيادة في إعساره، فان كان المدين موسراً امتنع استعمال الدائن لحق مدينه وان ادى ذلك الى ضياع الحق، وكذلك الحال اذا كان للدائن تأمين عيني يضمن الوفاء بحقه، وتنتفي مصلحة الدائنين كافة في إقامة هذه الدعوى اذا انصبت على استرداد عين مثقلة بحقوق رهن تستغرق قيمتها، وعلى الدائن عبأ اثبات الاعسار او الزيادة فيه.
الشروط الموضوعية المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن: الاصل ان كل ما يقع في الضمان العام للدائنين من دعاوى وحقوق يستطيع الدائن استعمالها باسم المدين عند توفر شروط الدعوى، فللدائن ان يقطع التقادم ضد المدين، وان يسجل عقود الشراء والرهن المترتبة له، وان يطعن بالاحكام الصادرة ضده، وله ان يباشر كل ما من شأنه صيانة حقوق مدينه من الضياع سواء كانت حقوقاً شخصية او عينية.
الا انه ينبغي ان يكون ما يستعمله الدائن باسم مدينه حقاً وليس مجرد رخصة، والرخصة لا تمثل قيمة مالية وإنما هي مكنة اكتساب الحق وليست حقا، كمكنة أخذ عقار بالشفعة او قبول هبة. ذلك لان استعمال المكنة يكون رهناً بمشيئة صاحبها. ويجب ان يكون حقاً مالياً، اما الحقوق غير المالية فلا شأن للدائنين بها، كالحقوق العامة وحقوق الاسرة وإن ترتب على استعمالها كسب حقوق مالية، فليس للدائن رفع دعوى طلاق نيابة عن مدينه وان ادى ذلك الى تخفيف عبأ مالي عنه، ولا يجوز للدائن استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين والتي تقوم على اعتبارات ادبية لان تقديرها يناط بالمدين وحده كحق الواهب في الرجوع في الهبة، وكذلك ليس للدائن استعمال ما لا يجوز حجزه او اذا كانت العين مرهونة لضمان دين يجاوز مقداره قيمتها لانعدام مصلحته.
الشروط الاجرائية: ويقصد بها الإجراءات الواجب إتباعها لمباشرة الدعوى غير المباشرة، وهما شرطان، يتعلق احدهما بالدائن، ويتصل ثانيهما بالمدين.
اولاً ـ وجوب ان يستعمل الدائن حق المدين باسم المدين: وهو ما اشترطته المادة ٢٦١ واعتبرت الدائن نائباً عن مدينه وعليه ان يباشرها بإسم المدين كأي نائب يباشر حقوق الأصيل فان باشرها باسمه ردت دعواه لانعدام الصفة، ولا يشترط ذكر ذلك في عريضة الدعوى اذا ادركت نيابته من فحوى العريضة. الا ان نيابة الدائن هنا تتميز بثلاث صفات: اولها، انه يستمدها من القانون، فهي نيابة قانونية، وثانيتها، انها نيابة مفروضة على الاصيل لمصلحة الدائن، وثالثاً، انها نيابة تقتصر على استعمال الحق دون التصرف فيه.
ثانياً: وجوب إدخال المدين خصماً في الدعوى: ذلك لأن الحكم الصادر بها لا يسري في حق المدين، ولا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة اليه والى الدائنين كافة إلا إذا كان المدين خصماً في الدعوى. فإذا أهمل الدائن ذلك، جاز للمدين ان يدخل فيها من تلقاء نفسه، وجاز لمدين المدين طلب إدخاله، وجاز للمحكمة ان تدخله من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني
اثار الدعوى غير المباشرة

اولاًـ اثار هذه الدعوى بالنسبة الى المدين وهو الاصيل: لا يترتب على رفع هذه الدعوى من قبل الدائن حرمان المدين من التصرف في الحق الذي يستعمله الدائن نيابة عنه. فيظل حر التصرف فيه فإن كان له حق عيني على شيء جاز له بيعه او هبته، وان كان حقه ديناً جاز له حوالته، وله ان يتصالح على الحق او ان ينزل عنه ديناً او عيناً، وللمدين ان يستوفي حقه من مدينه وقد يخفيه ويعتبر الوفاء صحيحاً. وله ان يقضيه بالتجديد او

المقاصة او الإبراء، سواء قبل رفع الدعوى او بعدها، ويكون تصرف المدين نافذاً في حق الدائن ولمدين المدين التمسك به في مواجهة الدائن. إلا ان للدائن حق الطعن في تصرفات مدينه بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه.

ثانياً ـ اثار هذه الدعوى بالنسبة الى الخصم وهو مدين المدين: يعتبر الدائن في مواجهة الخصم نائباً عن المدين، ولذلك يستطيع الخصم ان يدفع في مواجهته بجميع الدفوع التي يستطيع ان يدفع بها في مواجهة دائنه، وهو مدين الدائن رافع هذه الدعوى. كالدفع بانقضاء الالتزام بأحد اسباب انقضائه كالوفاء او التجديد او المقاصة او التقادم، سواء وقع السبب قبل رفع الدعوى او اثنائها. وله ان يدفع ببطلان التصرف المنشئ للحق موضوع الدعوى، او التمسك بإجازة المدين للتصرف ولو وقع بعد رفع الدعوى، والتمسك باي اتفاق بينه وبين المدين كالصلح او التنازل.

وللخصم ان كان له مصلحة في الوفاء ان يوفي للدائن ما ترتب له في ذمة المدين فيتوقف عن الدعوى لزوال صفته.

ولما كان الدائن نائباً عن المدين فليس له حق اكثر مما للمدين نفسه. فلا يجوز له ان يسلك طريقاً من طرق الاثبات ليس في وسع المدين ان يسلكه لو رفعت الدعوى من قبله، كما وليس للخصم ان يدفع بدفوع خاصة بشخص الدائن.

ثالثاً ـ آثار الدعوى بالنسبة للدائن ولغيره من الدائنين: حسب المادة ٢٦٢، لا يستأثر الدائن رافع هذه الدعوى بنتيجتها لوحده، وانما يتعرض لمزاحمة الدائنين في اقتضاء ديونهم من الحق المحكوم به استناداً الى فكرتي الضمان العام والنيابة القانونية.

ذلك ان نيابة الدائن في هذه الدعوى تقتصر على استعمال الحق دون التصرف فيه، فان صدر الحكم لصالحه كان حكماً لصالح المدين ويكون عنصراً من عناصر ذمته المالية التي تعتبر ضماناً عاماً لحقوق الدائنين كافة، وعندئذ يفيد منها جميع الدائنين سواء من دخل منهم خصماً في الدعوى او من لم يدخل فلهم جميعاً حق التنفيذ على الحق المحكوم به واقتسام تمنه بينهم قسمة غرماء إن لم يكف للوفاء بحقوقهم كاملة، وقد يكون لأحدهم حق التقدم على غيره بسبب ان له رهن او حق امتياز، فيتقاضى حقه قبل غيره وقد يستغرق الوفاء بحقه مال المدين فيحرم رافع الدعوى من استيفاء حقه.

يتضح ان رفع هذه الدعوى لا يقرر امتيازاً لرافعها على غيره من الدائنين، ومن ثم عليه ان يحتاط ويتفادى مزاحمة الدائنين له فيتخذ إجراءات التنفيذ مع إجراءات هذه الدعوى ليتمكن من الاستيلاء على ما يحكم له به والتنفيذ عليه.

****

المبحث الثاني

دعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن

تعرف هذه الدعوى بإنها: دعوى يقيمها الدائن للطعن في التصرفات الضارة به والصادرة من مدينه المعسر بقصد حمايته من غشه والمحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين، عن طريق المطالبة بإعتباره من الغير بالنسبة لأثر هذه التصرفات حتى لا تكون نافذة بحقه.

اصل الدعوى وطبيعتها والحكمة منها: سميت هذه الدعوى البولصية نسبة الى القاضي الروماني بولص الذي ابتدعها. وهي من حيث الطبيعة، وهي دعوى لا تفضي الى بطلان التصرف الذي يجريه المدين، وإنما تؤدي الى عدم سريان تصرف المدين في حق دائنه. ويظل تصرف المدين قائماً بينه وبين من صدر اليه التصرف.

والحكمة من هذه الدعوى مزدوجة، فهي تهدف الى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين. كما تهدف الى حماية الدائنين من غش المدين المعسر عن طريق المطالبة بعدم سريان اثر تصرفه في مواجهتهم كي لا يضاروا به. لأن المدين قد يعمد الى القيام بتصرفات تلحق ضرراً بدائنيه، فقد يبيع امواله الظاهرة ويخفي ثمنها، او يحابي اقربائه واصدقائه فيبيعهم أمواله بثمن بخس او يهبهم اياها ...

مقارنة بين دعوى عدم تفاذ تصرف المدين والدعوى غير المباشرة: تتماثل كلتا الدعويان في أمرين وتختلفان في أمور ثلاثة: اما أوجه التشابه فهي:
اولاً: ان كلتيهما تهدفان الى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين.
ثانياً: ان كلاً منهما دعوى ترفع على مدين معسر صدر منه تصرف يلحق ضرراً بدائنيه.
اما اوجه الاختلاف فهي:
أولاً : ان دعوى عدم النفاذ ترمي الى حماية الدائن من غش المدين وتهريب امواله من متناول دائنيه.
بينما ترمي الدعوى غير المباشرة الى وقاية الدائن من اهمال مدينه في المحافظة على حقوقه.
ثانياً: ان الدائن يرفع دعوى عدم النفاذ باسمه ويخاصم فيها مدينه ومن صدر إليه تصرف المدين.
بينما في الدعوى غير المباشرة يقيم الدائن الدعوى باسم مدينه ويستعمل فيها حقوقه نيابة عنه ليخاصم فيها غيره.
ثالثاً: اثر دعوى عدم النفاذ ينصرف الى الدائنين. بينما ينصرف اثر الدعوى غير المباشرة الى المدين وتنول نتيجتها إليه مباشرة وإن أفاد منها دائنوه بصورة غير مباشرة.
- تقادم دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن: لا تسمع دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف. ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف.

المطلب الأول

شروط دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن

يتضح من نصوص القانون المدني العراقي (٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٥)، أن شروط هذه الدعوى على ثلاثة أنواع:
اولاً - الشروط التي ترجع الى الدائن وتتصل بحقه: وهما شرطان:
أ - ان يكون حق الدائن مستحق الأداء: ومفاد ذلك، انه عند الحكم بهذه الدعوى سيحصل الدائن على سند تنفيذ مما يعني ان مباشرة هذه الدعوى تقتضي أن يكون حق الدائن قابلاً للتنفيذ به إذا تم ثبوته في سند تنفيذ، وهو يكون كذلك إذا كان مستحق الأداء.
ب - ان يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه: ذلك لسببين:
اولهما: انه ليس للدائن ان يتظلم من تصرف اجراه المدين، إلا اذا كان المال محل ذلك التصرف موجوداً في ذمة المدين وقت نشوء حق الدائن.
ثانيهما: من المتعذر تصور غش المدين إلا اذا كان حق الدائن سابقاً على تصرفه، فلا يجوز لشخص أن يطعن في تصرف مدين لم يكن دائناً له وقت نشوء التصرف، لتعذر الادعاء بأن المدين قصد من تصرفه الاضرار به.
والعبرة في احتساب اسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه، بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاقه، وعبأ اثبات الاسبقية يقع على عاتق الدائن، لانه المدعي وهو المكلف بإثبات شروط هذه الدعوى.
ثانياً - الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه: ينبغي ان يكون العمل المطعون فيه والصادر من المدين عن غش، تصرفاً قانونياً سواء صدر من جانب واحد كالإبراء والوفاء والتنازل والوقف او صدر من الجانبين كالعقد، سواء كان ملزماً لجانب واحد كالهبة او ملزماً للجانبين كالبيع، او كان العقد معاوضة كالقسمة او تبرعاً كالقرض والهبة دون عوض، اما اذا وقع البيع او الهبة في مرض الموت كان حكمهما حكم الوصية ويعتبران غير نافذين دون حاجة للطعن بهما بهذه الدعوى.
اما العمل المادي، كالعمل غير المشروع والتزام المدين بدفع تعويض عنه، فلا يجوز الطعن به وان ادى الى اعسار المدين او زيادة اعساره، لانه نافذ قانوناً بحق المدين. ويشترط في التصرف لإمكان الطعن فيه بهذه الدعوى شرطان:
اولهما ان يكون مفقراً للمدين وثانيهما ان يكون ضاراً بالدائن:

اولاً - ان يكون التصرف مفقراً للمدين: أن تصرفات المدين من حيث تأثيرها على ذمته المالية على أربعة انواع:
١- ان يمتنع المدين في تصرفه عن تقوية ذمته المالية بالامتناع عن زيادة حقوقه، كرفضه هبة عرضت عليه.
٢- ان يمتنع المدين في تصرفه عن تقوية ذمته المالية بالامتناع عن إنقاص التزاماته،كرفضه إبراء من دين في ذمته.
٣- ان ينقص بتصرفه من حقوقه، كتصرفه بعين يملكها بالبيع او الهبة.
٤- ان يزيد بتصرفه من التزاماته، كأن يقترض مالاً او يشتري عيناً بأكثر من قيمتها.
وما يعتبر تصرفاً مفقرا للمدين هو النوعين الأخيرين.
ثانياً - ان يكون التصرف ضاراً بالدائن: إذا انتفى الضرر انعدمت مصلحة الدائن وتعذر عليه رفع هذه الدعوى. ويقصد بالضرر الحيلولة دون استيفاء الدائن لحقه كاملاً، ومع ذلك فليس كل تصرف يصدر من مدينه ويؤدي اى اعساره او زيادة اعساره يلحق ضرراً بدائنيه إلا اذا توفرت فيه ثلاثة أمور:
اولاً- ان يرد التصرف على حق يفيد الدائن: ويقصد به الحق الذي يعتمد عليه الدائن في استيفاء دينه منه، فإن لم يكن الحق مفيداً له انعدمت مصلحته في الطعن بتصرف مدينه لعدم تضرره منه. ويكون الحق مفيداً للدائن في الأحوال الآتية:
١- إذا كان من الجائز التنفيذ عليه، فما لا يجوز حجزه لا فائدة للدائن من الطعن به، كالنفقة ونسبة معينة من الراتب.
٢- ان لا يؤدي الطعن الى استعمال حق متصل بشخص المدين، فلا فائدة من الطعن بتنازل المدين عن حقه في التعويض الأدبي او الرجوع في الهبة لعدم إمكان الدائن استعماله ولو نجح بإعادته للمدين لانه متعلق بشخصه.
٣- ان لا تنعدم مصلحة الدائن في الطعن بالتصرف، فلو تصرف المدين بمال مرهون لغير الدائن وكانت قيمة الرهن تتجاوز قيمة المال، فليس للدائن مصلحة في الطعن بالتصرف.
ثانياً: ان يكون هذا التصرف تالياً في صدوره لنشوء حق الدائن: وقد سبق الاشارة له عند الكلام عن الشروط المتصلة بحق الدائن.
ثالثاً: أن يؤدي التصرف الى إعسار المدين أو الى زيادة في اعساره: والمراد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي، ويعني ان لا يكون للمدين من الاموال الظاهرة التي تقبل التنفيذ عليها ما يكفي لتسديد ديونه المستحقة الاداء، والراجح في الاعسار الفعلي ان تكون الديون مستحقة الاداء قياساً على الاعسار القانوني. ويجب ان يؤدي تصرف الدين الى اعساره اذا كان المدين موسراً قبل تصرفه، او ان يؤدي الى زيادة اعساره اذا كان معسراً قبل صدوره، كالوفاء بدين قبل استحقاقه والهبة والبيع بثمن بخس او بثمن جدي اخفاه او بدده. ولذلك لا يعتبر تصرف المدين ضاراً بدائنه اذا لم يجعل المدين معسراً وقت صدوره وان تحقق اعساره بسبب لاحق. كما يمتنع على الدائن الطعن بتصرف مدينه إذا كان معسراً وتصرف بعوض لم يؤد الى زيادة اعساره او ادى الى اعساره ولكنه اصبح موسراً قبل رفع الدعوى كأن تلقى هبة او ميراثاً، اذ يشترط ان يبقى المدين معسراً الى وقت رفع الدعوى حتى تبقى للدائن مصلحة في رفعها. أما عبأ إثبات الاعسار فقد وزعته المادة ٢٦٥ مدني عراقي بين الدائن والمدين بقصد تيسير الاثبات على الدائن خلافاً لقاعدة (البينة على المدعي) وهو هنا الدائن، فإذا ادعى الدائن إعسار المدين فعليه ان يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها.
ثالثاً - الشروط التي ترجع الى المدين وخلفه: اشترطت المادة ٢٦٤ م. ع صدور التصرف عن غش وتواطؤ إذا كان معاوضة ولم يشترط توافرها في تبرعات المدين. أما الغش فيقصد به نية الإضرار بالدائن وقت صدور التصرف، أما التواطؤ فيعني توافر قصد الغش لدى كل من المدين ومن صدر له التصرف وقت صدوره.

ويعتبر الغش من ابرز شروط هذه الدعوى لأن الغش لن يتحقق إلا إذا صدر من المدين تصرف ضار بدائن كان حقه مستحق الأداء وثابتاً له قبل صدور التصرف لأنه تسبب في اعساره أو في زيادته ويعتبر العنصر النفسي في هذه الدعوى فهو الباعث على تصرف المدين، ليقابل عنصر الضرر الذي يعتبر العنصر المادي فيها.
ويختلف الغش في هذه الدعوى عن التدليس، وإن كانا تطبيقين للنظرية العامة في الغش، في أمور ثلاثة:
١- ان التدليس يقترن بطرق احتيالية، اما الغش فإنه لا يقترن بها.
٢- ان التدليس يوجه الى المتعاقد الآخر بقصد الإضرار به، اما الغش فيوجه الى الغير وهو الدائن في هذه الدعوى.
٣- ان جزاء التدليس فهو ابطال العقد اذا تحقق عند تكوين العقد ويكون تعويضاً إذا كان تدليساً عند تنفيذه، اما جزاء الغش في هذه الدعوى فهو عدم نفاذ تصرف المدين بحق دائنه.
وقد وقف المشرع العراقي موقفاً خاصاً حيال الغش في هذه الدعوى وفي موضعين: اولهما - انه ميز بين المعاوضات وبين التبرعات من حيث اشتراط الغش والتواطؤ في الاولى دون الثانية. ثانيهما - انه يسر على الدائن إثباتها في عقود المعاوضات بما اقامه من قرائن.
والحال ان بحث شرط الغش والتواطؤ يقتضينا التمييز بين حالتين:
الحالة الاولى - الطعن في التصرف الصادر من المدين الى خلفه: فرق المشرع بين المعاوضات والتبرعات، فأشترط للطعن بالتصرف صدور التصرف عن غش من المدين وعن تواطؤ بينه وبين المتصرف اليه، إذا كان تصرف معاوضة. اما في تبرعاته فقد اكتفى بالشرطين الاولين من شروط الدعوى دون اشتراط الغش والتواطؤ.
وعلة هذه التفرقة، هي المفاضلة بين حق الدائن وحق الخلف، ففي المعاوضة ترتب حق كل منهما بمقابل، ومصلحة الدائن بنزع المال من الخلف تقابلها مصلحة الخلف بالاحتفاظ بالمال الذي دفع عنه عوضا، ولتفضيل مصلحة احدهما على الاخر لابد من عنصر مرجح لأحداهما على الآخرى. وقد وجد مشرعنا في غش المدين وتواطئه مع الخلف العنصر المرجح لمصلحة الدائن.
اما في التبرعات فتقوم المفاضلة بين مصلحة الدائن المتضرر من التصرف ومصلحة الخلف (المتبرع له) الذي تلقى الحق دون مقابل، ونزعه منه يعني فوات مصلحة له دون ان يصيبه ضرر مؤكد، مما ينبغي ترجيح مصلحة الدائن لأن دفع الضرر أولى من جلب المنفعة. وبناءاً على هذه التفرقة قضى المشرع العراقي بالحكمين الآتيين:
اولاً - بالنسبة للمعاوضات، يشترط لعدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه غش المدين وعلم الخلف بالغش:
ويقصد بالغش هنا ان يقصد المدين بتصرفه الاضرار بالدائن، وعلى الدائن إقامة الدليل على ان التصرف صدر عن المدين وهو عالم انه يسبب في اعساره او في زيادته، إلا ان للمدين اثبات عكس هذه القرينة بإثبات انه لم يقصد الاضرار بدائنيه بالرغم من علمه بإعساره وانما صدر عن باعث آخر. كتوفير حاجاته الضرورية الاسرية او المهنية.
ويجب ايضاً، إثبات تواطؤ المتصرف له (الخلف) بإثبات علمه بغش المدين،من خلال قرينة قانونية هي إثبات الدائن علم من صدر اليه التصرف وقت صدوره بأنه يسبب إعسار المدين او يزيد في اعساره. أو باثباته ان الخلف كان ينبغي ان يعلم بإعسار المدين، مثلا لوجود صلة قرابة او زواج او صداقة حميمة بينه وبين المدين.
الا ان هاتين القرينتين غير قاطعتين، فيمكن للخلف نقض اياً منهما بإثباته حسن نيته وجهله بقصد اضرار المدين بالدائن رغم علمه ان المدين معسر، كإثباته ان التصرف مألوف تقتضيه اعمال مهنته. ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة محكمة التمييز.
ثانياً - بالنسبة للتبرعات، لا يشترط غش المدين ولا سوء نية الخلف لعدم نفاذ التصرف بحق الدائن:
حيث يكتفى من الدائن للطعن بتصرف مدينه إذا كان تبرعاً أن يثبت ان تصرف المدين أدى الى اعساره او زيادة اعساره دون ان يكلف بإثبات علم المدين بأنه معسر وعلم خلفه بإعساره.

وللتمييز بين المعاوضات والتبرعات في الحالات التي يدق فيها التمييز، فقد أقر الفقه التكييف الآتي:
١- يعتبر القرض بفائدة معاوضة، اما القرض بغير فائدة فيعتبر تبرعاً.
٢- إذا انطوى عقد المعاوضة على غبن فاحش يبدو بسببه تبرعاً، فانه يعتبر معاوضة اذا كان العوض جدياً ليكون الغبن الفاحش قرينة على الغش، ويعتبر تبرعاً إذا كان العوض تافهاً وغير جدي.
٣- إذا بدا العقد معاوضة من ناحية احد العاقدين وتبرعاً من ناحية المتعاقد الآخر، كعقد الكفالة دون عوض الذي يعتبر تبرعاً للدائن، كان العبرة بتحديد طبيعته هي بالنظر الى الدائن المتصرف له.
٤ - إذا دخل في الهبة عنصر المعاوضة بحيث تنتفي منها صفة التبرع، اعتبرت معاوضة. كالهبة بعوض ذو قيمة او كانت هبة صادرة اعترافاً بجميل إذا بولغ بقيمتها وانطوت المبالغة على قصد الإضرار بالدائنين.
الحالة الثانية - الطعن بتصرف الخلف في الحق الذي تلقاه من المدين الى خلف ثان: إذا اقدم الخلف على التصرف بالحق الذي تلقاه من المدين الى خلف آخر، ولم يكن التصرف الصادر الى الخلف الاول قد حكم بنفاذه، فالحكم في هذه الحالة، كما يأتي:
١- إذا كان كل من تصرف المدين وتصرف الخلف معاوضة، فيشترط توافر الغش في جانب كل من المدين والخلف الاول والثاني، كي لا ينفذ التصرف في حق الدائن.
٢- إذا كان تصرف كل من المدين والخلف الاول تبرعاً، كانا غير نافذين في حق الدائن، دون اشتراط إثبات الغش.
٣- إذا اختلف التصرفان فكان احدهما معاوضة والآخر تبرعاً، اشترط الغش حيث يكون التصرف معاوضة، واعتبر غير نافذ في حق الدائن دون شرط الغش إذا كان تبرعاً.

صور لدعوى عدم نفاذ التصرف قررها المشرع العراقي:
نص مشرعنا على ثلاث صور لهذه الدعوى لحسم خلاف فقهي بشأنها ولخروج بعضها على القواعد العامة، هي:
أولاً - الطعن في تفضيل دائن على آخر دون حق، بتقرير ضمان خاص له: وتعني، ان المدين اذا اعسر قد يلجأ الى تفضيل دائن على آخر بان يقدم له سبباً للتقدم على غيره من الدائنين لم يكن متوفراً له عند نشوء حقه. كأن يقرر له رهن على بعض امواله، سواء تقرر ذلك بمقابل كما لو مد الدائن اجل دينه او حط من قيمته، او تم تقريره تبرعاً.
والحكم في هذه الحالة انه اذا كان المدين قد تلقى مقابلاً نظير تصرفه اعتبر التصرف معاوضة ووجب على الدائن الطاعن في التصرف اثبات غش كل من المدين والدائن المتصرف إليه، أي إثبات ان الضمان الخاص قدم نتيجة تواطؤ بينهما. أما إذا كان تصرف المدين تبرعاً فان الدائن الطاعن لا يكلف بإثبات الغش والتواطؤ. فإذا نجح الدائن في طعنه حرم من قدم له الضمان الخاص من ميزة التقدم واعتبر ما قدم له غير نافذ في حق سائر الدائنين.
ثانياً - الطعن في إيثار المدين المعسر أحد دائنيه بالوفاء دون غيره: اجاز مشرعنا الطعن في الوفاء الحاصل من المدين المعسر لأحد دائنيه، الا انه يجب التمييز بين حالتين في الوفاء:
١- الوفاء بدين مستحق الأداء: اعتبر مشرعنا الوفاء بدين مستحق الأداء في منزلة المعاوضات لانعدام قصد التبرع فيه، وأشترط لعدم نفاذه في حق باقي الدائنين غش المدين وتواطؤ بينه وبين الموفى له.
٢- الوفاء بدين مؤجل: فيكون الوفاء بحكم التبرع، إذ لا مقابل فيه للتنازل عن الأجل، ولا ينفذ بحق باقي الدائنين دون حاجة الى اثبات الغش والتواطؤ. فان طعن الدائن في الوفاء ونجح في دعواه وجب على الدائن الموفى له رد ما استوفى وشارك غيره من الدائنين في الضمان العام.
وبهذا يكون مشرعنا بهذا الحكم قد خرج على القواعد العامة لهذه الدعوى، لأن الوفاء لا يعتبر تصرفاً مفقراً للمدين الموفي لانه لا ينقص من حقوقه ولا يزيد من التزاماته، كما ان الوفاء بدين حال لا يستخلص منه تواطؤ الموفى له مع المدين لأن استيفاء الحق غرض مشروع.

ثالثاً - الطعن في القسمة التي يجريها الشريك المدين: يحق لدائني أي شريك الطعن في قسمة المال المشاع، إذا ثبت أن القسمة قد تمت إضراراً بحقوقهم. فقد يتفق المدين مع شركائه على ان يفرز لنفسه نصيباً أقل من حصته الشائعة إضعافاً للضمان العام لحقوق دائنيه. وإذ ا حصل ذلك جاز لدائنيه الطعن في القسمة بعد تمامها بهذه الدعوى. وإذا نجحوا في اثبات التواطؤ بين المدين وشركائه من المتقاسمين، عاد المال الذي تقاسمه الشركاء الى الشيوع ثانية، ووجب إعادة إجراءات القسمة لتجري بحضور الدائنين، أو بيع المال بالمزاد العلني ليأخذ الشركاء من ثمنه أنصبتهم وليستوفي دائنوا الشريك من نصيب مدينهم ما لهم من حقوق.

المطلب الثاني
آثار دعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن

اولاً - آثارها بالنسبة الى الدائن الطاعن في التصرف وإلى غيره من الدائنين: ان رفع الدعوى والاستمرار فيها وانفيذ الحكم الصادر فيها رهن بتوافر صفة الدائن في الطاعن بالتصرف، وإلا انتفت مصلحته في الطعن لإنعدام الضرر. فإن فقد هذه الصفة بعد رفع الدعوى او بعد صدور الحكم تعذر عليه الاستمرار فيها او تنفيذ الحكم الصادر فيها. وهو يفقد هذه الصفة إذا استوفي حقه من المدين او من الخلف تفادياً لتنفيذ الحكم على الحق الذي تلقاه. ومع ذلك يتعذر على الدائن الاستمرار في الدعوى او تنفيذ الحكم ولو لم يفقد صفة الدائن في ثلاث حالات:

اولاً: إذا اصبحت اموال المدين كافية للوفاء بما عليه، لانتفاء شرط إعسار المدين.
ثانياً: إذا اثبت من صدر اليه التصرف إن المدين يملك كالاً كافياً للوفاء بحق الدائن.
ثالثاً: إذا لم يكن الخلف قد دفع الثمن بعد، وكان قريباً من ثمن المثل بإيداعه في صندوق المحكمة.

فأن إستمرت صفة الدائن مع توافر شروط الدعوى الأخرى، حكم القضاء بعدم نفاذ تصرف مدينه بحقه وباعتباره من الغير، مع تعويضه عن الضرر ان كان له مقتضى. الا ان هذا الحكم لا يخوله أي حق على المال محل الحكم وإنما عليه ان يباشر إجراءات التنفيذ وفقاً لقانون التنفيذ ليحصل على حقه.

ولا يترتب على حكم عدم نفاذ التصرف عدم نفاذ التصرفات التي تأسست عليه بحجة ان الخلف لا يملك من الحقوق اكثر من السلف، وان فاقد الشيء لا يعطيه، لان مشرعنا خرج على هذه القاعدة في نطاق هذه الدعوى حماية للغير حسن النية وعملاً بمبدأ استقرار المعاملات، فأشترط الغش في جانب الخلف الثاني او من يخلفه للحكم بعدم النفاذ.

ويترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف ، ما يلي من نتائج:

- اذا كان التصرف ينقص من اموال المدين، فإن المال الذي انصب عليه تصرف المدين يعتبر انه لم يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه، فإذا كان التصرف إسقاط حق عيني، كالتنازل عن حق ارتفاق، رجع الحق بالنسبة للدائن، وإذا كان التصرف إبراءاً من دين اعتبر الدين باقياً في ذمة مدين المدين.
- اذا كان التصرف يزيد في التزامات المدين، كأقتراضه مالاً أو سدد القرض او شراء عين معينة ودفع الثمن، وجب على المتصرف اليه وهو المقرض أو البائع أن يرد الى المدين ما قبضه لأن التصرف لا يكون نافذا في حق الدائن.

أما اثر الدعوى بالنسبة لباقي الدائنين، فحسب المادة ٢٦٦ م.ع، انه اذا رفع احد الدائنين هذه الدعوى، جاز لأي من الدائنين الآخرين المستوفين لشروطها ان يتدخل ليستفيد من الحكم الصادر بعدم النفاذ الذي أعاد الحق الى الضمان العام، ولهم ،وان لم يشاركوا في اجراءات الدعوى، ان يشاركوا الدائن الطاعن في التنفيذ على مال المدين.وإذا كان لأحد الدائنين تأمين عيني على المال محل الحكم فانه يتقدم في استيفاء حقه على الدائن الطاعن الذي قد لا ينال شيئاً منه اذا استغرق حق صاحب التأمين العيني قيمة المال الذي عاد للضمان العام. يتضح ان فائدة الحكم بعدم النفاذ تعم جميع الدائنين الذين صدر التصرف المطعون فيه اضراراً بهم.

ثانياً - آثارها بالنسبة الى المتعاقدين: لا يترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف بطلان هذا التصرف، فيظل التصرف نافذاً في العلاقة بين المتعاقدين وينصرف اثره الى خلفهما العام او الخاص، ويبقى التصرف نافذا في

حق الدائنين الذين لم يطعنوا به او لم يشاركوا في الاجراءات اهمالاً او لعدم توفر شرط الدعوى. ويقتصر اثر الحكم على الدائن الطاعن ومن استفاد منه من الدائنين، ويترتب على بقاء التصرف نافذا بين طرفيه ومن يخلفهما، ان التصرف إذا كان بيعاً ترتبت عليه النتائج التالية:

١ـ يرتب التصرف جميع اثاره إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذه بحق الدائنين، فيلتزم المشتري بدفع الثمن ويلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه.

٢ـ يعتبر الشيء المبيع ملكاً للمشتري، فإن نفذ عليه الدائن واستوفى حقه وبقي شيء من ثمنه فانه يعد ملكاً للمشتري وتسلم له وان كان سيء النية متواطئاً.

٣ـ تنصرف اثار التصرف الى الورثة والخلف الخاص كالمشتري الثاني، فان بقيت فضلة من الثمن بعد التنفيذ ورثها ورثة المشتري لا ورثة البائع.

٤ـ يكون التصرف نافذاً بحق دائني المشتري وتنتقل اليهم حقوقه، ولهم ان ينفذوا على العين المبيعة بعد ان يستوفي دائني المدين حقوقهم منها.

التوفيق بين المصالح المتعارضة: لما كان الحكم لصالح الدائن في هذه الدعوى يؤدي الى عدم نفاذ تصرف بحق دائنيه، وإلى بقاء التصرف نافذاً بين المتعاقدين وخلفائهما، فان التعارض بين مصالح من اعتبر التصرف غير نافذ بحقه وبين من اعتبر نافذاً بحقه يبدوا امراً واضحاً، ولذلك لا بد من تطبيق القواعد العامة لمعالجة هذا التعارض. ويترتب على تطبيقها النتائج التالية:

١ـ اذا طعن الدائن بعقد بيع ابرمه مدينه ونجح في دعواه واستوفى دينه من ثمن المبيع، كان للمشتري ان يرجع على المدين (البائع) اما بدعوى ضمان الاستحقاق او بدعوى الكسب دون سبب.

٢ـ اذا كان البائع غير المدين، اي ان المبيع انتقل من مشتري اول الى مشتري ثان، فان للمشتري الثاني ان يختار اما الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق على من باعه المبيع، او ان يرجع بدعوى الكسب دون سبب على المدين.

٣ـ في العقود الملزمة لجانبين يجوز للخلف الخاص ان يطلب فسخ العقد جزاءاً لعدم التنفيذ، اذا نفذ الدائن على المال محل التصرف.

٤ـ اذا كان تصرف المدين تبرعاً كالهبة، فليس للموهوب له بعد الحكم بعدم نفاذ التبرع والتنفيذ على المال المتبرع به الرجوع على المدين بضمان الا إذا اشترط ذلك في التصرف.

٥ـ إذا كان التصرف المطعون فيه يزيد من التزامات المدين كعقد القرض، فليس للمقرض ان يشارك الدائنين السابقة حقوقهم على هذا التصرف في قسمة الغرماء، لعدم نفاذ القرض في مواجهتهم وتقدمهم عليه، ولكنه يزاحم الدائن اللاحق حقه لعقد القرض لنفاذ التصرف بالنسبة اليه.

****

المبحث الثالث

دعوى الصورية

تعرف الصورية بأنها: وضع ظاهر غير حقيقي يستر موقفاً خفياً حقيقياً، يقوم على اتفاق مستتر، قد يمحو كل أثر للوضع الظاهر وقد يعدل أحكامه.

فإذا وقعت هبة في صورة بيع او قرض، كان عقد البيع او القرض هو العقد الصوري، اما الهبة فهي العقد الحقيقي ويسمى بورقة الضد.

الغرض من الصورية: يلجأ الشخص للصورية كلما أراد إخفاء حقيقة وضع ما، فقد يلجأ المدين للصورية لإبعاد امواله عن دائنيه، فيتصرف بأمواله عن طريق بيع صوري لا يتخلى به عن ملكية المبيع، ويحتفظ بورقة الضد لإثبات أن التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة. وقد يقصد الشخص منها أعراض اخرى كإيثار شخص ببعض ماله او التهرب من الضرائب او التحايل على احكام القانون في اوضاع أخرى.

نطاق الصورية: تقع الصورية في نطاق العقد عادة إذا اراد الطرفان اخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه، وتتحقق في دائرة التصرف القانوني الصادر من جانب واحد كالتنازل عن حق عيني او الإبراء من دين بشرط ان يوجه

لشخص معين لأن الصورية لا توجد إلا باتفاق بين شخصين، وتقع في دائرة الأحكام كالحكم بإيقاع البيع لشخص رسا عليه المزاد ويكون مشترياً لحساب غيره.

انواع الصورية: الصورية على نوعين، الصورية المطلقة والصورية النسبية.

والصورية المطلقة هي التي تمحو أثر الوضع الظاهر، ولا يتضمن الاتفاق المستتر تصرفاً يخفيه التصرف الظاهر وإنما يقتصر على تقرير ان التصرف الظاهر صوري لا وجود له. كإبراء من دين يتفق الطرفان على عدم وقوعه، وكعقد يقضي الاتفاق المستتر بعدم وجوده.

أما الصورية النسبية فهي الصورية التي تخفي جانباً من حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين دون ان تنكر وجودها.

وتكون على ثلاث صور:

١- الصورية بطريق التستر: وهي الصورية التي تتناول طبيعة العلاقة القانونية بين الطرفين. فتتناول طبيعة العقد لا وجوده كبيع في صورة هبة لحرمان الشفيع من طلب الشفعة، وكوصية في صورة بيع تجنباً لتعليق نفاذ الوصية على اجازة الورثة فيما تجاوز الثلث من التركة.

٢- الصورية بطريق الضد: وهي الصورية التي تتناول ركناً في العقد او شرطاً فيه. كذكر سبب مشروع في الهبة اخفاءاً لسبب غير مشروع، او يذكر في عقد البيع ثمن اقل من الحقيقي لتخفيف رسوم التسجيل او يذكر ثمن اكثر من الثمن الحقيقي لمنع أخذ المبيع بالشفعة.

٣- الصورية بطريق التسخير او التوسط: وهي الصورية التي تتناول شخص أحد المتعاقدين ويتم التصرف بها لحساب شخص آخر ممنوع من التعاقد قانوناً لم يذكر في العقد تحايلاً على حكم القانون . فاذا وجد مانع للتعاقد بين شخصين، توسط بينهما شخص ثالث يبرم العقد بين أحدهما وينقل ملكية ما تلقاه بعقد جديد الى الشخص الآخر.

التمييز بين الصورية بطريق التسخير (التوسط) والتعاقد بطريق التسخير (الاسم المستعار):

١- ان المسخر في الصورية يبرم العقد مع شخص متواطئ معه لمصلحة شخص ثالث يعلم بالتسخير، اما المسخر في التعاقد فيتعاقد لصالح موكله مع شخص قد يكون جاهلاً بالتسخير.

٢- ان المسخر في الصورية يبرم عقدين إضافة لورقة الضد، فتنتقل إليه بأحدهما ملكية الشيء لينقلها بالعقد الآخر الى الممنوع من التعاقد. بينما يبرم المسخر المتعاقد ثلاثة عقود جدية ولا وجود لورقة الضد، هي عقد وكالة مع موكله، وعقد بإسمه مع المتعاقد الآخر فينتقل اليه اثر التصرف، وعقد مع موكله لينقل اليه آثار التصرف.

شروط تحقق الصورية: يشترط لتحقق الصورية بأنواعها كافة، الشروط الأربعة الآتية:

اولاً: وجود وضع قانوني ظاهر، قد يكون عقداً او حكماً، او تصرفاً قانونياً من جانب واحد، فإن كان عقداً وجب ان تتوافر اركانه وشروطه.

ثانياً: وجود اتفاق مستتر تتجه فيه إرادتان إلى اتخاذ موقف حقيقي يخفيه الوضع الظاهر.

ثالثاً: ان يكون الموقف الحقيقي مغايراً للوضع الظاهر في جميع او بعض نواحيه، فقد يمحو كل اثر له وقد يتناوله بالتعديل تبعاً لإختلاف انواع الصورية.

رابعاً: أن تتحقق المعاصرة الذهنية بين الوضع الظاهر وبين الاتفاق المستتر وإن اختلف تاريخهما، أي اتجاه الارادة الى اتخاذ الوضع الحقيقي الخفي وستره بوضع ظاهر في وقت واحد وأن صدر الاتفاق المستتر في وقت لاحق، فإن لم تتحقق المعاصرة وصف بانه اتفاق جدي تعدلت احكامه بإتفاق لاحق،وتقدير تحقق المعاصرة يعود لقاضي الموضوع.

أحكام الصورية

المطلب الاول

دعوى الصورية في ذاتها

رافع الدعوى والخصوم فيها: ترفع دعوى الصورية من قبل أحد المتعاقدين على الآخر للطعن في العقد الظاهر بالصورية، ويجوز ان ترفع من كل ذي مصلحة في التمسك بالعقد المستتر لتقرير صورية العقد الظاهر.
وأصحاب المصلحة بالطعن بالصورية هم: الخلف العام للمتعاقدين والخلف الخاص والدائنون الشخصيون للمتصرف بالعقد الصوري. أما الخلف الخاص والدائنون الشخصيون لمن صدر له التصرف الصوري فلا يتصور إقدامهم على الطعن فيه لتقرير صوريته لأن مصالحهم ترتبط بالعقد الظاهر.
- عدم جواز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، لسببين:
اولاً- ان التصرف العقاري بعد تسجيله ينقل الحق العيني بقوة القانون ويستحيل بعدئذ الطعن به بالصورية.
ثانياً: ان نظام التسجيل العقاري في العراق ينطوي على إجراءات إشهار وقوة اثبات تتأسس على إقرار وكتابة وإشهاد بحيث تتضاءل امامها أية ورقة تفيد صورية التصرف، وعليه ينبغي الركون الى التصرف المسجل على اعتباره العقد الحقيقي الذي لا يستر تصرفاً آخر.
- لا تنقضي دعوى الصورية بالتقادم، لأن الغرض منها تقرير حقيقة قائمة مستمرة هي عدم وجود التصرف الظاهر. الا ان هذه الدعوى قد تبدو عديمة الجدوى أذا تمكن المدعى عليه من الدفع بالتقادم بالنسبة الى حق كسبه.

المطلب الثاني
آثار الصورية

تنص المادة ١٤٨ م.ع على انه (١- يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم. ٢- وإذا ستر العاقدان عقداً حقيقياً ُبعقد ظاهر، فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام استوفى شرائط صحته.)
المبادئ التي تقوم عليها هذه الآثار: تتأثر اثار الصورية بمبدأين هما:
اولاً: لا يترتب على الصورية بطلان التصرف، وإنما وجوب الاعتداد بالإرادة الجدية المشروعة للطرفين، اياً كان نوع الصورية اعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.
ثانياً: ان أثر المبدأ اعلاه يقتصر على المتعاقدين وخلفهما العام دون ان يتعداهم الى الغير، اعمالاً لمبدأ استقرار المعاملات وما يقتضيه من وجوب حماية من كان حسن النية من الأشخاص وقت التعاقد.
ولذلك فإن اثار الصورية تتأثر بهذين المبدأين على النحو الذي سنوجزه فيما يلي:
اولاً - آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام: يكون التصرف النافذ بين المتعاقدين هو التصرف الحقيقي، أي العقد المستتر، ولا وجود للتصرف الظاهر بينهما، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.
ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر إذا كان بيعاً صورياً، صورية نسبية كهبة في صورة بيع، كان العقد النافذ بين المتعاقدين هو الهبة لا البيع. فلا يلتزم المشتري الظاهر بدفع الثمن ولا يلتزم البائع الظاهر بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية. وإذا كان عقد البيع صورياً صورية مطلقة، فلا ينتج العقد أثره فيظل البائع مالكاً ولا يولد البيع في ذمته التزاماً. وكذلك الأمر بالنسبة لورثة كل منهما.
وإذا طعن طاعن بالصورية متمسكاً بالعقد المستتر، كان نجاح طعنه رهن بتحقق شرطين:
اولهما: ان تتوفر في التصرف الظاهر جميع شروطه القانونية وخاصة في الصورية النسبية. وثانيهما: ان يثبت الطاعن وجود الاتفاق المستتر. فإن لم يفلح في ذلك اعتبر التصرف الظاهر بتوفر شروطه اتفاقاً جدياً تنفذ كل آثاره.
ثانياً - آثار الصورية بالنسبة للغير: يقصد بالغير في الصورية، كل شخص اعتقد بحسن نية وقت تعامله أن العقد الصوري عقد حقيقي فاطمأن إليه وتعامل على هذا الأساس. وتقتضي قواعد العدالة ومبدأ استقرار المعاملات حمايته من من الضرر الناشئ عن اعتماده على مظهر كاذب اتخذه المتعاقدان وكان سبباً في تضليله.

وطائفة الغير في قانوننا تقتصر على الدائنين الشخصيين والخلف الخاص للمتعاقدين، ومن ثم كان لهم التمسك بالعقد الصوري او التمسك بالعقد المستتر وذلك وفق ما تقتضيه مصلحتهم.
وبالنسبة للدائن الشخصي يشترط أن يكون حقه خالياً من النزاع فحسب وكما هو حال الدائن في الدعوى غير المباشرة، وله أن يتمسك بالعقد الذي يحقق مصلحته، الصوري او الحقيقي.
وبالنسبة للخلف الخاص لكل من المتعاقدين، فان مصلحة الخلف الخاص للمتصرف بالعقد الصوري تتجسد بالتمسك بالعقد الحقيقي المستتر، فإذا باع شخص منقولاً بيعاً صورياً ثم باعه بيعاً جدياً لمشتري، فأن مصلحة المشتري تتحقق بالطعن بصورية البيع كي لا يسري في مواجهته وليصح انتقال ملكية المبيع إليه.
أما مصلحة الخلف الخاص للمتصرف إليه بعقد صوري فتدفعه الى التمسك بالعقد الظاهر. فللمشتري من المشتري الصوري ان يتمسك بالبيع الصوري وهو العقد الظاهر لسلفه كي يعتبر الحق قد انتقل إليه من مالك.
تعارض مصالح ذوي الشأن في التمسك بالعقد الصوري أو بالعقد المستتر: إن هذا التعارض لا يمكن ان يقع بين المتعاقدين، او بين أحدهما وورثة الآخر، أو بين الورثة أنفسهم، لأن العقد النافذ في مواجهتهم جميعاً هو العقد المستتر. ولا يتصور ان يقع التعارض بين أفراد طائفة تتحقق مصلحتها بالتمسك بالعقد المستتر او العقد الظاهر.
فالتعارض بين مصالح الخلف الخاص ودائني المتصرف بالعقد الصوري غير وارد لأن مصلحهم تكمن بالتمسك بالعقد المستتر. والتعارض بين مصالح الخلف الخاص ودائني المتصرف إليه بالعقد الصوري غير وارد كذلك، لأن مصلحتهم تتجسد بالتمسك بالعقد الظاهر.
وعليه فأن التعارض المقصود هو ما يقع بين مصالح الغير،وهم من يتمسك في الغالب بالعقد الظاهر ومصالح من يتمسك بالعقد المستتر، سواء كان متعاقداً او وارثاً او دائنا شخصياً او خلفاً خاصاً للمتصرف بالعقد الصوري.
وحسب المادة ١٤٧ م.ع فإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك البعض بالعقد الظاهر، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين. ويترتب على ذلك، إذا تمسك البائع الصوري بالعقد المستتر، وتمسك دائن المشتري الصوري بالعقد الظاهر، فضل دائن المشتري.
****

المبحث الخامس

الحق في الحبس للضمان

يعرف الحق في الحبس بأنه: حق الدائن الذي يكون مديناً لمدينه في نفس الوقت، بالامتناع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ المدين التزاماً ترتب في ذمته بمناسبة هذا الالتزام وأرتبط به.
ومفاد ذلك إن للمتعاقد في العقود التبادلية كالبائع والمشتري، أن يحبس ما هو ملتزم بأدائه، أي لا ينفذ التزامه، حتى ينفذ المتعاقد الآخر ما في ذمته من التزام. وفي العقود الملزمة لجانب واحد، يحق للوديع إذا انفق على الوديعة نفقات لحفظها وصيانتها أن يحبسها، أي يمتنع عن تسليمها الى المودع، حتى يستوفي منه ما أنفقه عليها.
أساس الحق في الحبس: يقوم الحق في الحبس على اعتبارات من العدالة وحسن النية والمنطق القانوني. فليس من العدل أن يلزم شخص بتنفيذ التزامه دون أن يلزم من يطالبه بالوفاء بتنفيذ التزامه، وليس من حسن النية ان يمتنع شخص عن تنفيذ التزامه ويطالب الطرف الآخر بالتنفيذ، وليس من المنطق القانوني ان يجبر شخص على الوفاء مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ارتبط بإلتزام المدين.
طبيعة الحق في الحبس: الحق في الحبس ليس بحق عيني وليس بحق شخصي، فهو ليس حق عيني لأنه لا ينطوي على حق التقدم وحق التتبع اللذين يتمتع بها أصحاب الحقوق العينية التبعية، فلا يخول الحابس حق امتياز على ما حبس، وهو يفقد حقه في الحبس إذا تخلى عن العين المحبوسة، ولا يخضع لإجراءات التسجيل والإشهار الخاصة بالحقوق العينية. وهو ليس بحق شخصي يترتب في ذمة المدين متعلقاً بالشيء المحبوس. فالحق في الحبس لا يعدو ان يكون دفعاً بعدم التنفيذ يخول الدائن حق الامتناع عن الوفاء بما عليه من دين

حتى يستوفي ديناً له ترتب في ذمة مدينه، متى توافرت صفتا الدائن والمدين في كل من الطرفين وتحقق الترابط بين الدينين.
خصائص الحق في الحبس: يتميز الحق في الحبس بالخصائص الآتية:
١- انه دفع لا يتصور أن ترفع به دعوى أصلية، يدفع به المدين مطالبة الدائن له بتنفيذ التزامه ويخوله الامتناع عن الوفاء فحسب.
٢- انه حق لا يقبل التجزئة، فللحابس ان يحبس كل الشيء في يده حتى يستوفي حقه كاملاً ولا يلزم بتسليم جزء من المحبوس كمقابل للجزء الذي استوفاه.
٣- انه حق ينبغي ان يتحاشى ص صاحبه التعسف في استعماله، فان كان المحبوس كبير القيمة قياسا لدين الحابس فيمكن للدائن استرداد جزء من المحبوس إذا كان يقبل التجزئة دون ضرر يلحق بالحابس.

المطلب الأول
شروط نشوء الحق في الحبس

يشترط لقيام الحق في الحبس توفر الشروط الثلاث الآتية:
اولاً - ثبوت حق للحابس في ذمة مدينه:يشترط في الدين الذي يثبت للحابس أن يكون ديناً مدنياً محققاً مستحق الأداء، تالياً أو معاصراً لحيازة الشيء ولم يتم تنفيذه.
ثانياً - وجود التزام على الحابس بأداء شيء، أي التقابل بين الدينين:لابد لقيام الحق في الحبس من محل يرد عليه الحق، ويلتزم الحابس بأدائه لتعلق حق المدين به، وقد يتعلق محل الحبس بعين معينة بالذات كعقار أو منقول، أو شيء معين بالنوع كالنقود وسائر المثليات، كوقف البائع للعقار التزامه بتسليم العقار حتى يستوفي ثمنه من المشتري، وكأن يحبس المشتري الثمن في يده حتى يتسلم المبيع، وقد يكون محل الدين عملاً أو امتناعاً عن عمل، كأن يحبس مصلح الثلاجات الثلاجة في يده بعد تصليحها حتى يستوفي أجرته.
ولا يتصور أن يرد الحبس على الأشخاص، فلا يجوز لمستشفى أن تحبس المريض أو المولود عن ذويه حتى تستوفي أجورها. ولا يجوز ان يرد الحبس على الأموال العامة أو الأموال التي لا تقبل الحجز عليها، وينبغي أن يكون محل الحبس في يد الدائن أو في ذمته، ويجوز ان يكون مملوكاً للغير أو للدائن الحابس نفسه، ويجوز أن يودع لدى عدل يتفق عليه المالك والحابس.
ويشترط في الحائز للشيء كي يثبت له الحق في الحبس أربعة شروط:
١- أن لا تكون حيازته للشيء مجرد حفظ مادي تقتضيه واجبات وظيفته، فلا يجوز لمحاسب في شركة تجارية ان يحبس خزانة النقود المكلف بحفظها حتى يستوفي أجره.
٢- أن يبقى الشيء في حيازته، فإذا خرج الشيء من يده بإرادته تعذر عليه استرداده وحبسه.
٣- أن يكون ملتزماً بأدائه لمدينه، لأن تعلق حق المدين بالشيء شرط لنشوء الحق في الحبس.
٤- ان يكون الشيء قد وصل أليه بطريق مشروع، فلا يجوز لمن اغتصب العين من صاحبها أن يحبسها عنه حتى يستوفي ما انفق عليها.
ثالثاً - قيام الارتباط بين حق الحابس وبين التزامه بالأداء: أي أن يتحقق الارتباط بين الدين الذي له والذي عليه، ويبدو الارتباط على نوعين: أولهما قانوني. وثانيهما مادي أو موضوعي.
١- أما الارتباط القانوني فهو ما ينشأ عن علاقة قانونية بين التزامين أياً كان مصدرها، ويسمى بالارتباط التبادلي.
وقد ينشأ الارتباط التبادلي عن عقد ملزم للجانبين ، فيكون عدم تنفيذ احد طرفيه لالتزامه سبباً لامتناع الطرف الثاني لالتزامه حتى ينفذ الطرف الأخر التزامه، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ وهو تطبيق للحق في الحبس. وقد تنشأ العلاقة التبادلية بين الالتزامات الناشئة عن العقد الملزم لجانب واحد وبين الالتزامات التي تنشأ بسبب تنفيذه ويكون الكسب دون سبب أو العمل غير المشروع مصدرها. فللوديع أن

يحبس الوديعة في يده حتى يسترد ما أنفقه عليها من مصاريف أو تعويض، فالتزام الوديع بالرد نشأ عن عقد الوديعة، أما التزام المودع فقد نشأ عن مصدر أخر هو الكسب دون سبب.
وقد تقوم العلاقة التبادلية على أساس غير عقدي، فللولي أو الوصي إذا رفع الحجر عن المحجور أن يحبس ماله عنه حتى يسترد ما يحق له أن يسترده مما أنفقه في سبيل تنفيذ الولاية، وقد نشأ الالتزام هنا وان لم يكن ثمة عقد بينهما.
٢- أما الارتباط المادي أو الموضوعي، فيقوم على واقعة مادية هي حيازة الشيء والتي يترتب عنها حق للحائز على الشيء الذي تحت يده الذي يلتزم برده إلى مدينه.
ومنها نص القانون المدني انه يجوز لمن انفق على ملك غيره وهو في حيازته مصروفات ضرورية أو نافعة أن يحبس الشيء في يده إلا إذا كان التزامه بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع كالغصب والسرقة.

المطلب الثاني
آثار الحق في الحبس

الواقع ان المحل الذي يرد عليه الحق في الحبس، قد يكون عيناً في يد الحابس، وقد يكون ديناً في ذمته. والعين هي الشيء المعين بالذات. أما الدين فهو كل ما لم يتعين بذاته، كالنقود أو أي شيء آخر تعين بجنسه فقط، ولا يقع حبس الدين إلا في العقود الملزمة لجانبين. أما حبس العين فيقع في العقود الملزمة لجانبين والملزمة لجانب واحد، وقد يقع دون أن يوجد عقد. ونتحدث عن حبس الدين وحبس العين في فقرتين:
الآثار المترتبة على حبس الدين: تخضع آثار حبس الدين إلى قواعد الدفع بعدم التنفيذ، ويترتب حكمان:
الحكم الأول - حق المتمسك بهذا الدفع في الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفي دينه: فلأي من المتعاقدين في العقد الملزم لجانبين أن يوقف تنفيذ التزامه إذا كان حقه في ذمة المتعاقد الآخر مستحق الأداء في الحال وامتنع الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه الذي نشأ بمناسبة التزام الطرف الأول وارتبط به.
وقد يكون الالتزام الموقوف التزاماً بنقل حق عيني على عقار أو التزاماً بدفع نقود أو التزاماً بعمل أو امتناعاً عن عمل، كأن يمتنع بائع العقار عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه، أو امتناع المستأجر عن تنفيذ التزامه بدفع الأجرة،أو توقف المقاول عن أعمال البناء أو عدم تنفيذ بائع المحل التجاري بعدم المنافسة في الحي ذاته. اما إذا كان الالتزام الموقوف التزاماً بتسليم عين، كألتزام البائع بتسليم العين المبيعة، أختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس، وكان حكمه حكم حبس العين. فيمتنع البائع عن تسليم العين حتى يستوفي حقه.
الحكم الثاني - سريان الدفع بعدم التنفيذ في حق الغير: ومفاد ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ يسري في حق الغير متى كسب الغير حقه بعد قيام حق المتعاقد في التمسك به. ويقصد بالغير من كان غير المدين وخلفه العام ودائنيه العاديين، لأن الدفع يسري في حقهم جميعاً. فللمشتري أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة المحال له وان يمتنع عن دفع الثمن، إذا كان البائع قد أحال شخصاً ثالثاً بالثمن ولم يكن قد سلم المبيع إلى المشتري. وللبائع ان يتمسك بهذا الدفع في مواجهة كل من كسب حقاً من المشتري، كالموهوب له أو المشتري الثاني، إذا كان المشتري لم ينفذ التزامه بدفع الثمن.
وترد على التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد ملاحظات ثلاث:
١- أن هذا الدفع إذا وقع في العقود الزمنية أفضى إلى إنقاص مقدار محل الالتزام، فللمستأجر أن يدفع بعدم التنفيذ إذا لم يسلمه المؤجر المأجور خلال فترة العقد، وينقص التزامه بدفع الأجرة عن مدة التأخير.
٢- أن طبيعة الالتزام قد لا تسمح بوقف تنفيذه فلا يكون بوسع الدائن إلا المطالبة بالفسخ إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه: ويقع ذلك إذا كان التزام الدائن التزاماً بعمل أو امتناعاً عن عمل. فإذا تعهد صائغ بصنع مصوغات لعرضها في معرض يقام في وقت محدد، وامتنع المدين عند دفع المبلغ له فليس للصائغ سوى طلب فسخ العقد.

٣- إن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يترك تقديره إلى المتمسك به دون أن يوكل اللجوء إليه لتقدير القضاء، لان أثره يقتصر على وقف تنفيذا لالتزام دون أن يتعداه إلى حل الرابطة العقدية.

الآثار المترتبة على حبس العين: يمكن إجمال حقوق الحابس لعين معينة بالذات وواجباته فيما يلي:

اولاً - حقوق الحابس للعين: تتلخص حقوق الحابس بما يلي:

١- **الامتناع عن تسليم العين** حتى يستوفي حقه كاملاً من أصل وفوائد ومصروفات دون حاجة إلى حكم أو إعذار، وإذا استرد العين مالكها بموافقة الحابس اعتبر ذلك نزولا عن الحق في الحبس، أما إذا استردها عنوة أو خلسة عد ذلك اعتداءا على الحق في الحبس، وجاز للحابس طلب ردها خلال ثلاثين يوما من علمه بذلك وقبل انقضاء سنة من خروجها. والحق في الحبس لا ينقضي بالوفاء الجزئي بل لابد من استيفاء الحابس لحقه كاملاً شرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق. وقد يؤدي حبس العين الى إنقاص مقدار محل الالتزام إذا كانت المدة عنصراً فيه. فلو حبس المؤجر العين عن المستأجر فان التزام الأخير بدفع الأجرة ينقص بما يقابل المدة التي حرم خلالها من الانتفاع بالمأجور، وقد ينتهي مصير العقد الى الفسخ بسبب الحبس.

٢- **الامتناع عن تسليم ما تنتجه العين من غلة أو ثمرات،** ويقتصر حقه على حبسها فقط بينما تبقى ملكيتها وحق التصرف فيها لمالك العين بشرط ان لا يخل التصرف بها بحق الحائز في الحبس، فليس للحابس تملك الغلة والثمار وليس له امتياز عليها فأن باعها فقد حقه في حبسها وتعرض لمزاحمة باقي الدائنين. أما إذا كانت العين معرضة للتلف فللحابس استئذان القاضي في بيعها وعندئذ لا يسقط حقه في الحبس وينتقل حقه في الحبس الى ثمنها حتى يستوفي حقه.

٣- **الاحتجاج بالحق في الحبس على ورثة المدين ودائنيه العاديين:** فله أن يحبسها عن الخلف العام للمدين ودائنيه العاديين، إذ ليس للخلف العام حقوق أكثر من سلفه، وينتقل حق الحابس الى ورثته حتى يستوفوا حقوقهم.

٤- **الاحتجاج بالحق في الحبس على الغير:** والغير هو الخلف الخاص أي من تلقى من المدين ملكية العين المحبوسة أو حقاً عينياً عليها، كالمشتري والدائن المرتهن،خاصة إذا انفق عليها مصروفات، الا ان حق الحبس لا يسري في مواجهة الخلف الخاص الذي ثبت له حق عيني على عقار حبس بسبب غير إنفاق المصروفات وكان حقه سابقاً على نشوء حق الحبس وتم تسجيله.

٥- **لا يخول الحق في الحبس امتيازاً للحابس:** فلا يعطيه حق الحبس حق امتياز أو حق تقدم ولا يتقدم على سائر الدائنين في استيفاء حقه. الا انه من الناحية العملية عندما تباع العين في المزاد فان الحابس يستطيع أن يحبسها عمن رسا عليه المزاد وقد تكون من مصلحة الأخير والدائنين الاتفاق على إيفاء الحابس حقه كاملاً لتسلم المبيع منه.

ثانياً: واجبات الحابس للعين: : تتلخص واجبات الحابس بما يلي:

١- **المحافظة على العين المحبوسة:** لم يحدد مشرعنا خلافاً للمصري مدى المحافظة، فينبغي ان تكون محافظة الشخص المعتاد طبقاً للقواعد العامة.

٢- **بيع العين المحبوسة:** إذا كان يخشى عليها من الهلاك أو التلف بعد استئذان المحكمة، وإلا كان مقصراً وتحمل مسؤولية هلاكه وتلفه.

٣- **تقديم حساب عن غلة العين المحبوسة:** ويلزمه إن يرد العين وما أنتجته عندما يستوفي حقه ولا يجوز له ان ينتفع منها دون مقابل، وإذا كلفه الحبس نفقات فليس له أن يخصمها من الغلة بل يضيفها الى أصل دينه ، كما ليس له أن يستولي على الغلة ليخصمها من دينه قياساً على حق الدائن المرتهن رهن حيازة لسببين:

أولهما: إن الرهن الحيازي تأمين عيني يخول صاحبه حقوقاً لا تترتب على الحق في الحبس الذي لا يعدو أن يكون مجرد امتناع مؤقت عن التنفيذ لا يخول صاحبه امتيازاً ما.

ثانيهما: ان القانون المدني المصري، وهو مصدر تاريخي وتفسيري لقانوننا المدني، لم يمنح الحابس مثل هذا الحق.

٤ـ المسؤولية عن الضرر الذي يلحقه الشيء المحبوس بالغير: ذلك لأن السيطرة الفعلية في الرقابة والتوجيه هي للحابس دون المالك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.
٥ـ رد العين المحبوسة: لأن الحابس يلتزم برد العين المحبوسة الى من له حق استردادها متى استوفى حقه وانقضى الحق بالحبس باستيفائه. ومدى التزام الحابس بالرد وما ينطوي عليه من مدى تحمله لتبعة هلاك الشيء المحبوس لا يقاس على مدى التزام المرتهن بالرد وهو التزام بتحقيق نتيجة وتحقق مسؤوليته عن هلاك الشيء ما لم يثبت السبب الأجنبي. أما التزام الحابس بالرد فينشأ عن العلاقة القانونية القائمة بينه وبين من له الحق في استرداد الشيء عقدية كانت أو غير عقدية، فان هلك الشيء بخطئه تحمل مسؤولية ذلك وان هلك بسبب أجنبي انقضى التزامه بالرد، وإذا هلك بعد استيفاء حقه كان مسؤولاً ولو هلك بسبب أجنبي، لأنه يعتبر غاصباً بعد تأخره في الرد إلا إذا كان قد اعذر مدينه بوجوب تسلمه أو اثبت إن الشيء كان عرضة للهلاك وإن سلمه إلى ذي الحق في استرداده. وإذا كان حابس الشيء بسبب عدم استيفائه ما هو حال من ثمنه تحمل المشتري تبعة الهلاك إلا إذا هلك الشيء بفعل البائع.

المطلب الثالث

انقضاء الحق في الحبس

ينقضي الحق في الحبس بأحد طريقين: هما انقضاؤه بطريق تبعي أي انقضاءه تبعاً لانقضاء الدين المضمون به، وانقضاءه بطرق أصلي، أي انقضاءه بصورة مستقلة عن الدين المحبوس فيه، ويظل الدين المضمون به قائماً.
اولاً ـ انقضاء الحق في الحبس بطريق تبعي: شرع حق الحابس ضماناً لحصول الحابس على حق ترتب له في ذمة مالك الشيء المحبوس أو في ذمة من له الحق في استرداد العين المحبوسة، فهو إذا حق تابع للالتزام المضمون به وينقضي تبعاً لانقضاء حق الحابس في ذمة المدين. فينقضي حق الحابس بالوفاء أو بما يعادل الوفاء كالوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة... . وثمة ملاحظتين تردان على انقضاء حق الحبس بطريق تبعي:
اولاً: ان الحق في الحبس لا يسقط إلا إذا انقضى حق الحابس كله دون أن يتخلف جزء منه.
ثانياً: ان الحق في الحبس لا يسقط بالتقادم لسببين هما (١): انه لا يسقط بتقدمه هو لأنه حالة مادية مستمرة لا يتصور فيها التقادم. (٢): انه لا يسقط بتقادم الحق المضمون به. لأن وجود الشيء في يد الحابس يعتبر إقرارا ضمنياً مستمراً من المدين بوجود الدين في ذمته، ومن شأن هذا الإقرار بحق الدائن أن يقطع التقادم الخاص به.
ثانياً ـ انقضاء الحق في الحبس بطريق أصلي: ويقصد به انقضاء الحق في الحبس بطريقة مستقلة عن الدين المضمون به، وان بقت ذمة المدين مشغولة به، وكما يأتي:
اولاً ـ تقديم تأمين كاف للوفاء بالدين المضمون بالحبس: يسقط الحق في الحبس إذا قدم الدائن في الالتزام برد الشيء تأميناً كافياً للوفاء بما في ذمته من دين سواء كان التأمين شخصياً كالكفالة أو عينياً كالرهن، وتقدير كفاية التأمين يعتبر مسألة وقائع تخضع لتقدير القاضي عند الخلاف.
ثانياً ـ نزول الحابس عن حقه في الحبس: سواء وقع النزول صراحة أو دلالة، سواء اقترن نزوله بزوال الحيازة أو غير مقرون بالتخلي عنها. كما لو سلمه برضاه الى مالكه، أو أعلن نزوله عنه. ويقع دلالة كما لو خرج الشيء من حيازته لأنها قرينة على خروجه برضاه حتى يثبت العكس، وقد لا يقترن النزول بالتخلي عن الحيازة وقت النزول كما لو نفذ الحابس بحقه على الشيء المحبوس وشرع ببيعه جبراً، إذ يلتزم بتسليمه الى من رسا عليه المزاد ولا يجوز له استرداده إذا لم يستوف حقه كاملاً، ولا ينتقل حقه في الحبس الى ثمنه.
ثالثاً ـ إخلال الحابس بإلتزامه بالمحافظة على الشيء أو بتقديم حساب عن غلته: لان الحابس يلتزم بالمحافظة على الشيء محافظة الرجل المعتاد، لأنه التزام ببذل عناية. فأن قصر في ذلك فإنه يكون قد اخل بالتزامه وعندئذ يجوز للمالك أن يستصدر حكماً من القضاء بإسقاط حق الحابس بسبب تقصيره.

رابعاً ـ هلاك العين المحبوسة: ينقضي الحق في الحبس بهلاك العين المحبوسة، لان قوام الحق في الحبس هو الحيازة المادية لها. وهلاك العين قد يكون بخطأ الحابس فيكون مسؤولاً عن تعويض المالك. وقد يكون بخطأ الغير فيحكم على الغير بالتعويض عنها. وقد يكون بسبب أجنبي لا يد للحابس في وقوعه كقوة قاهرة وفي هذه الحالة يتحمل المالك لا الحابس تبعة هلاكها لان يد الحابس يد أمانة لأنه حبس العين لسبب مشروع، والجواز الشرعي ينافي الضمان. إلا انه ليس للحابس إذا كان الهلاك بسبب اجنبي أن يطالب المالك بعين أخرى كي يحبسها محل العين الهالكة، خلافاً لحق الدائن المرتهن، لان الراهن التزم بتقديم ضمان خاص للمرتهن تأمينياً لدينه، وإذا هلك الضمان التزم بتقديم ضمان خاص أخر وإلا جاز للمرتهن أن يطالبه بالوفاء فوراً، أما مالك العين المحبوسة فانه لا يلتزم بتقديم ضمان خاص للحابس كي يستبدل بالشيء الهالك عيناً أخرى، وإنما حبس عنه بقوة القانون وبالرغم من إرادته. وإذا هلكت العين المحبوسة بفعل الغير وحكم عليه بالتعويض. او كانت العين مؤمناً عليها، فأن الحق في الحبس ينتقل إلى مبلغ التعويض أو التأمين وهو شيء تجوز حيازته، وتكون حيازته بمثابة حيازة العين ذاتها ويحق للدائن حبسه لاستيفاء حقه.

****

الباب الثاني
أوصاف الالتزام
الفصل الرابع
الشـــرط

التعريف الاصطلاحي للشرط: هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده وكان خارجاً عن حقيقته أو ماهيته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء.
تعريف الفقه الغربي: أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله.
فان كان نشوء الالتزام هو الذي علق على تحقق الشرط قيل له (شرط واقف) وإذا كان زوال الالتزام هو الذي على تحقق الشرط قيل له (شرط فاسخ).

الفرع الأول
مقومات الشرط أو شروطه

وهما شرطان:اولهما: انه أمر مستقبل. وثانيهما انه غير محقق الوقوع.
أولاً ـ انه أمر مستقبل: ليكون الأمر شرطاً يجب أن يكون امراً مستقبلاً، مثاله قول شخص لآخر (إذا عينت موظفاً اشتريت دارك) فالتعيين أمر مستقبل ومن ثم فالالتزام المعلق عليه التزام معلق على شرط واقف.
وإذا تبين إن الشرط الذي علق عليه وجود العقد كان متحققاً فعلاً عند التعليق، بان يكون الموظف في مثالنا أعلاه قد عين موظفاً فعلاً قبل التعليق ولم يكن يعلم بذلك، كان العقد منجزاً غير معلق على شرط واجب الوفاء في الحال.
الأمر السلبي: يمكن أن يكون مدلول فعل الشرط امراً سلبياً، أي ترك القيام بعمل معين، كأن يوصي شخص بمرتب لزوجته بشرط الا تتزوج لتتفرغ لتربية الأولاد، فعدم الزواج أمر سلبي علق عليه استحقاق الزوجة للراتب.
ثانياً ـ انه أمر غير محقق الوقوع: يحب ان يكون مدلول فعل الشرط أمراً غير محقق الوقوع، فان كان مستحيلاً أو محقق الوقوع في المستقبل فلا يعد شرطاً. وهذا أمر جوهري في الشرط وبه يختلف عن الأجل لأن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع. ويعبر فقهاء المسلمون عن ذلك بقولهم ان مدلول فعل الشرط يجب ان يكون (معدوماً على خطر الوجود).

الفرع الثاني
أنواع الشرط

الشرط من حيث أثره واقف وفاسخ، ومن حيث تحققه وتخلفه احتمالي وإرادي ومختلط.

المبحث الأول
أنواع الشرط من حيث أثره

الشرط من حيث أثره شرط واقف وشرط فاسخ.

المطلب الأول
الشرط الواقف

يكون الشرط واقفاً إذا علق عليه نشوء العقد أو الالتزام، فان تحقق الشرط انعقد العقد وترتبت الالتزامات في ذمة كل من طرفيه، أو نشأ الالتزام في ذمة الواعد بالإرادة المنفردة. مثال الأول قولنا (إذا عينت موظفاً اشتريت سيارتك بألف دينار) وقبل الطرف الآخر. ومثال الثاني قول الأب لابنه (أعطيك جائزة إذا نجحت في الامتحان).

وإذا تخلف الشرط لم ينشأ عقد ولا التزام.

الشرط الواقف المستحيل والشرط الواقف المخالف للنظام العام والآداب: إذا كان الشرط الواقف مستحيلاً أو مخالفاً للنظام العام والآداب يكون العقد باطلاً ولا ينشأ عنه أي التزام. والسبب هو أن الشرط لا يمكن أن يتحقق لاستحالته المادية أو القانونية. ويقصد بالاستحالة، الاستحالة المطلقة لا النسبية، كتعهد شخص لأخر بهدية إذا عبر المحيط سباحة، ومثال الاستحالة القانونية التعليق على الزواج من محرم.

والشرط الواقف المخالف للنظام العام والآداب هو الشرط الذي يسلب الإنسان إحدى الحريات التي يعترف له القانون بها. مثل التعليق على عدم الزواج أو عدم الطلاق فهذا الشرط باطل إلا إذا كان هناك غرض مشروع يراد تحقيقه.

الشرط الواقف والمحل: ويلاحظ ان الشروط المتقدمة يمكن إبطالها من جهة المحل أيضا لأنه يشترط في المحل أن يكون ممكنا وان لا يكون مخالفاً للقانون وللنظام العام أو الآداب.

المطلب الثاني
الشرط الفاسخ

يكون الشرط فاسخاً إذا علق عليه فسخ العقد وزوال الحق، كبيع الوفاء وهو البيع بشرط إسترداد البائع للمبيع إذا رد الثمن خلال مدة معينة، فالعقد هنا موجود ونافذ ولكنه غير لازم لأن فسخه معلق على شرط هو رد الثمن. بحيث إذا رد البائع الثمن فسخ البيع واسترد المبيع، وان لم يرده خلال المدة المعينة يكون الشرط قد تخلف ويلزم العقد.

البيع المعلق على موافقة الغير: هل تعتبر موافقة الغير هنا شرطاً واقفاً ولا يتم البيع إلا إذا وافق الغير، أم شرطاً فاسخاً وينفذ البيع في الحال على أن يفسخ البيع إذا لم يوافق الغير؟ الراجح هو الرجوع إلى النية المشتركة للطرفين التي يستخلصها القاضي من الظروف والملابسات ليتبين ما إذا انصرفت نيتهم إلى جعل الشرط واقفاً أم فاسخاً ليحكم بمقتضاها.

الشرط الفاسخ المخالف للنظام العام والآداب: إذا كان الشرط الفاسخ مخالفاً للنظام العام والآداب فلا يعترف به القانون ولا يمكن ان يتحقق لاستحالته القانونية فيبقى العقد ولا يفسخ، ولكن إذا كان الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد، كالهبة من شخص لآخر بشرط ألا يطلق زوجته وهذا شرط مخالف للنظام العام، أو أن يهب رجل لامرأة مالاً على أن تعاشره معاشرة غير مشروعة، وهذا شرط مخالف للآداب. وعليه يبطل الشرط والعقد.

الشرط الفاسخ الضمني: الشرط الفاسخ الضمني ليس في حقيقته شرط بل هو افتراض يفترض وجوده في العقود الملزمة للجانبين لتبرير طلب الفسخ عند عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه، ومن ثم ينبغي عدم الخلط بينه وبين الشرط الفاسخ الصريح الذي نتكلم عنه لإختلاف طبيعة كل منهما.

المبحث الثاني

أنواع الشرط من حيث تحققه وتخلفه

الشرط من حيث تحققه وتخلفه، احتمالي وإرادي ومختلط.
الشرط الاحتمالي: وهو الذي يترك تحققه وتخلفه لأمر خارج إرادة المتعاقدين، أي لمجرد الصدفة، كالتعليق على وفرة الإنتاج الزراعي أو التعيين في وظيفة معينة، وحكمه انه صحيح واقفاً كان أم فاسخاً.
الشرط الإرادي: وهو الشرط المتروك تحققه وتخلفه لإرادة احد المتعاقدين. فإذا توقف تحققه وتخلفه على إرادة الدائن، سمي بـ (الشرط الإرادي البسيط) وهو شرط صحيح واقفاً كان أم فاسخاً، كقول شخص لآخر (إذا أنت تزوجت أجرتك داري بكذا) ومثال الشرط الفاسخ بيع الوفاء.
وإذا توقف على إرادة المدين سمي بـ (الشرط الإرادي المحض)، فان كان واقفاً بطل الشرط والتصرف، كقول احدهم لآخر (أبيعك داري إذا رأيت ذلك في مصلحتي)، فالمدين إن شاء ابرم العقد وإن شاء لم يبرمه، والواقع انه لم يلتزم بشيء. وإذا كان الشرط فاسخاً كان صحيحاً هو والعقد المعلق عليه. ومثاله خيار الشرط وهو أن يحتفظ أحد المتعاقدين بالحق في نقض العقد خلال مدة معينة.
الشرط المختلط: وهو الشرط الذي يترك تحققه وتخلفه لإرادة احد المتعاقدين وأمر خارجي، وحكمه انه صحيح، كأن يهب شخص لآخر داراً إذا هو تزوج من فتاة معينة.

الفرع الثالث
اثار الشرط

ندرس اثار الشرط الواقف والشرط الفاسخ في مرحلة التعليق وبعد انتهاء مرحلة التعليق

المبحث الأول
اثر الشرط الواقف في مرحلة التعليق

اختلف الفقهاء في طبيعة الحق المعلق على شرط واقف، فاعتبره البعض حق والآخرون مجرد أمل، والراجح انه حق موجود فعلاً ولكن وجوده غير كامل، ويترتب على ذلك ما يلي من نتائج:
أولاً ـ النتائج المترتبة على انه حق موجود لا مجرد أمل:
١ـ ينتقل الحق بهذه الصفة من الدائن إلى خلفه العام والخاص.
٢ـ للدائن اتخاذ الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه.
ثانياً: النتائج المترتبة على انه حق غير كامل الوجود:
١ـ ليس للدائن اتخاذ الوسائل التنفيذية للحصول على حقه.
٢ـ إذا نفذ المدين عن غلط فله استرداد ما دفع لأنه دفع ما ليس بواجب عيه.
٣ـ لا يسري التقادم على الحق إلا من وقت تحقق الشرط.
٤ـ لا يتحمل الدائن تبعة الهلاك ، وليس له التصرف بالشيء الذي له الحق عليه.
القانون المدني العراقي: ما تقدم هي الآثار التي يرتبها القانون الوضعي على الشرط الواقف في مرحلة التعليق، فما هو حكم المشرع العراقي؟ يتضح من نصوص القانون المدني العراقي ان (العقد المعلق على شرط واقف لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط)، والعقد في هذه الحالة يكون موقوفاً ويحتاج إلى الإجازة، فان لحقته الإجازة نفذ بأثر رجعي إلى حين صدوره، وإذا لم تلحقه الإجازة انعدم وأصبح هو والعقد الباطل بمنزلة سواء. والرأي الراجح في التشريع العراقي يذهب إلى ان صاحب الحق المعلق على شرط واقف يملك حقاً لا مجرد أمل. وهذا يتفق مع الحديث الشريف
(المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً احل حراماً أو حرم حلالاً).

المبحث الثاني
اثر الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق

الحق المعلق على شرط فاسخ موجود ونافذ، أي بسيط غير موصوف، ولكنه على خطر الزوال، ويترتب على ذلك:

أولاً - النتائج المترتبة على إن الدائن يملك حقاً نافذاً: وهي عكس نتائج مرحلة تعليق الشرط الواقف:

١- للدائن اتخاذ الوسائل التنفيذية للحصول على حقه وله رفع الدعوى البولصية، وله تتبع الشيء محل حقه وانتزاعه من يد أي شخص انتقل إليه.

٢- إذا نفذ المدين التزامه فليس له استرداد ما دفع لأنه دفع ديناً مستحق الأداء واجب التنفيذ.

٣- يسري التقادم على الحق المعلق على شرط فاسخ لأنه حق مستحق الأداء.

٤- للدائن التصرف بالشيء الذي له الحق عليه وبالمقابل يتحمل هو تبعة الهلاك.

ثانياً- النتائج المترتبة على إن الحق على خطر الزوال:

١- إذا استوفى الدائن حقه ثم تحقق الشرط فعليه أن يرد ما تسلمه، وتزول المقاصة بأثر رجعي ويعود الحق السابق كما كان.

القانون المدني العراقي: ما تقدم هي الآثار التي يرتبها القانون الوضعي على الشرط الفاسخ في مرحلة التعليق، اما في القانون المدني العراقي فان العقد المعلق على شرط فاسخ يكون نافذاً غير لازم، والعقد غي اللازم هو العقد الذي يمكن الرجوع عنه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين أو كلاهما، ويمكن القول بانطباق الإحكام المتقدمة في القانون العراقي مع الفقه الغربي، مثال ذلك البيع بشرط الخيار، فان من له الخيار يكون مالكاً تحت شرط فاسخ، بائعاً أو مشترياً.

المبحث الثاني

أثر الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق

يقصد بانتهاء مرحلة التعليق معرفة مصير الشرط الذي علق عليه العقد. فهو إما أن يتحقق أو يتخلف.

كيف يتحقق الشرط وكيف يتخلف: إذا حددت مدة لتحقق الشرط فيجب أن يتحقق خلالها، فان تحقق بعدها اعتبر متخلفاً. وإذا لم تحدد مدة فيجب الرجوع للنية المشتركة للطرفين لمعرفة الشكل الذي أرادا أن يتحقق به. ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في هذا الصدد. وإذا تحقق الشرط أو تخلف تحدد مصير العقد نهائياً ولا يمكن الرجوع فيه.

تحقق الشرط وتخلفه بغش ممن له مصلحة في ذلك: يعتبر الشرط متحققاً إذا حال دون تحققه عن طريق الغش الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلف. كما انه يعتبر قد تخلف إذا تحقق بطريق الغش من الطرف الذي له مصلحة في أن يتحقق.

بعد هذه الملاحظات نتناول أثر الشرط الواقف ثم الشرط الفاسخ بعد انتهاء مرحلة التعليق.

اولاً- اثر الشرط الواقف بعد انتهاء مرحلة التعليق:

أ- تحقق الشرط الواقف: إذا تحقق الشرط الواقف زال النقص للذي كان يشوب الحق المعلق عليه وأصبح الحق منجزاً. فيستطيع الدائن أن يطالب بحقه وان يتخذ الوسائل التنفيذية ويسري التقادم على الحق من حين تحقق الشرط لأنه أصبح حقاً مستحق الأداء، وتعتبر تصرفات صاحب الحق صحيحة منذ وقت التعليق لا من وقت تحقق الشرط بالنظر للأثر الرجعي لتحقق الشرط.

ب - تخلف الشرط الواقف: إذا تخلف الشرط الواقف زال الوجود الناقص للحق الذي كان معلقاً عليه وأصبح كأن لم يكن منذ البداية بالنظر للأثر الرجعي لتحقق الشرط، وتترتب عكس النتائج السابقة، فإذا لم يكن المدين قد وفى بالتزامه فلا يلزم بالوفاء، وإذا كان قد وفى فله أن يسترد ما وفاه. وإذا كان صاحب الحق قد تصرف بحقه فان تصرفه يزول بفعل الأثر الرجعي لتحقق الشرط.

ثانياً- اثر الشرط الفاسخ بعد انتهاء مرحلة التعليق:

أ - تحقق الشرط الفاسخ: إذا تحقق الشرط الفاسخ زال الحق الذي كان معلقاً عليه، ويعتبر كأن لم يكن موجوداً منذ البداية بفعل الأثر الرجعي لتحقق الشرط، ويترتب على ذلك، ان الدائن إذا كان قبض شيئاً فعليه رده، وإذا

استحال الرد بخطئه وجب عليه التعويض، وإذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي فلا يلزم بالتعويض، وإذا كان قد تصرف بحقه فتصرفه يبطل.
- استثناء أعمال الإدارة الصادرة من الدائن قبل تحقق الشرط، فهذه الأعمال تبقى رغم تحقق الشرط. مثل تأجير العقار وبيع الثمار، والحكمة من ذلك هي ان هذه الأعمال ضرورية للمحافظة على العين ويجب القيام بها في وقتها المناسب، وذلك بالشرطين الآتيين:
١- حسن نية من صدرت منه هذه الأعمال، فلا يتخذها ذريعة لإبطال حق الطرف الأخر إذا تحقق الشرط الفاسخ.
٢- عدم مجاوزة المألوف في هذه الأعمال.
ب - تخلف الشرط الفاسخ: إذا تخلف الشرط الفاسخ استقر الحق الذي كان معلقاً عليه وثبت وأصبح مستقراً غير معرض للزوال وتعتبر التصرفات التي أجراها صاحب الحق صحيحة وغير قابلة للزوال.
القانون المدني العراقي: اعتبر القانون المدني العراقي الشرط يتحقق بأثر رجعي إلا إذا اتفق المتعاقدان أو قضت طبيعة العقد بخلاف ذلك.

المبحث الثالث
النتائج التي تترتب على الأثر الرجعي لتحقق الشرط

تترتب على الاثر الرجعي لتحقق الشرط نتائج مهمة منها:
١- التصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط واقف تصبح، عند تحقق الشرط، نافذة منذ البداية، بخلاف الأمر عند تحقق الشرط الفاسخ فالتصرفات التي تصدر من صاحب الحق المعلق على شرط فاسخ تزول إذا تحقق الشرط لان صاحب الحق يعتبر كأن لم يكن مالكاً منذ البداية.
٢- للدائن تحت شرط واقف، إذا تحقق الشرط أن يطعن بتصرفات مدينه بالدعوى البولصية، حتى ما كان منها سابقاً على تحقق الشرط، لأن الحق يعتبر موجوداً من حين الاتفاق لا من حين تحقق الشرط.
استثناء: هناك استثناءات ترد على الأثر الرجعي لتحقق الشرط، أهمها هي:
١- بقاء أعمال الإدارة التي تتم بحسن نية وفي الحدود المعقولة قبل تحقق الشرط الفاسخ.
٢- إذا استبعد المتعاقدان صراحة أو ضمنا الأثر الرجعي واتفقا على ان الشرط ينتج أثره من حين تحققه لا من حين العقد. كالبيع المعلق على موافقة الغير إذا اعتبرنا موافقة الغير شرطاً واقفاً.
٣- إذا استعصت طبيعة العقد على الأثر الرجعي. وهذا ما يحصل في العقود المستمرة التنفيذ.
٤- إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي قبل تحقق الشرط.
****

الفصل الخامس
الأجل

الأجل وصف من أوصاف الالتزام أو العقد ويمكن تعريفه بانه: أمر مستقبل محقق الوقوع يضاف إليه نفاذ العقد أو انقضاؤه.فإذا كان نفاذ العقد هو الذي أضيف إلى الأجل كان الأجل واقفاً، وإذا كان انقضاء العقد وزواله هو الذي أضيف إلى الأجل كان الأجل فاسخاً أو منهياً.

الفرع الأول
مقومات الأجل

يجب أن يتوفر في الأجل شرطان وهما:
١- أن يكون أمراً مستقبلاً. ٢- أن يكون أمراً محقق الوقوع.
الشرط الأول - أن يكون أمراً مستقبلاً: ليكون الأمر أجلاً يجب يكون مستقبلاً، وبهذا يتفق الأجل مع الشرط، فلو كان أمراً ماضياً أو حاضراً لما كان أجلاً ولكان العقد منجزاً غير مضاف إلى اجل، حتى لو جهل المتعاقدان عند

التعاقد أن الأجل الذي ضرباه للمستقبل كان قد حل. فلو عين الملتزم موت شخص معين أجلاً لتنفيذ التزامه وكان الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم، فالالتزام ينشأ منجزاً حال الأداء.

الشرط الثاني ـ أن يكون أمراً محقق الوقوع: وبهذا يختلف الأجل عن الشرط، ويترتب على هذا الفرق نتائج مهمة، فلما كان الشرط أمر غير محقق الوقوع، فان كان واقفاً كان العقد المعلق عليه غير نافذ وان كان فاسخاً كان العقد غير لازم ومن ثم يكون تحقق الشرط بأثر رجعي. أما الأجل فأمر محقق الوقوع فيكون العقد المقترن بأجل واقف تاماً غير نافذ أي مؤجل، أما العقد المقترن بأجل فاسخ فيكون تاماً ولكنه مؤكد الانقضاء عند حلول الأجل، ومن ثم لا يكون لحلول الأجل اثر رجعي، مثاله عقد الإيجار فانه مؤكد الانقضاء عند انتهاء مدته.

ـ الأجل نوعان: أجل معين وهو ما كان تاريخ وقوعه معروفاً، كيوم معين في شهر معين في سنة معينة. وأجل غير معين وهو الذي لا يعرف تاريخ وقوعه، فهو اجل مادام محقق الوقوع لان تحققه ينصرف إلى وقوعه لا إلى تاريخ وقوعه، وخير مثال للأجل غي المعين هو الموت، فهو أمر محقق الوقوع ولكن تاريخ وقوعه غير معروف.

التمييز بين الأجل غير المعين والشرط: قد يلتبس الأمر بين الأجل غير المعين والشرط، كقول احدهم لآخر (عندما تتزوج أؤجرك داري بكذا)، أو (إذا أمطرت السماء اشتريت حاصل أرضك). في هذه الحالة يرجع إلى معيار التمييز بين الأجل والشرط، فان كان الأمر محقق الوقوع فهو اجل ولو استعمل المتعاقدان أداة التعليق على شرط (إذا)، وإذا كان غير محقق الوقوع فهو شرط ولو استعملا أداة الإضافة إلى المستقبل (عندما). فالزواج أمر غير محقق الوقوع فهو شرط، والمطر أمر محقق الوقوع ولكن تاريخ وقوعه غير معروف، فهو اجل.

التزام المدين بالوفاء عند الميسرة أو لدى القدرة والاستطاعة: في مثل هذه الأحوال يعتبر الالتزام مضاف إلى اجل لا معلق على شرط، وهذا يعني ان على المدين الوفاء إما عند تحقق قدرته واستطاعته أو عند الموت، أي إن الأجل يكون غير معين وهو احد أمرين اليسار أو الموت، وهذا هو المعنى الذي اخذ به المشرع العراقي.

الأجل في العقود المستمرة التنفيذ: الزمن في العقود المستمرة التنفيذ عنصر جوهري وبه يتحدد تنفيذها، وتعتبر قد نفذت في جزء منها يتناسب ومقدار الزمن الذي مر ، فان انعدم الزمن فيها كانت باطلة، ففي عقد مرتب مدى الحياة لشخص تبين انه مات قبل العقد يكون العقد باطلاً. بعكس العقود الفورية التي تعتبر منجزة بانعدام الزمن فيها، فلو عين المدين موت شخص معين أجلاً لتنفيذ التزامه ثم تبين انه مات قبل العقد يكون الالتزام منجزاً واجب الوفاء في الحال.

الفرع الثاني
أنواع الأجل

الأجل من حيث اثره واقف وفاسخ، ومن حيث مصدره اتفاقي وقضائي وقانوني.

المبحث الأول
أنواع الأجل من حيث أثره

الأجل من حيث اثره واقف وفاسخ.

الأجل الواقف: يكون الأجل واقفاً إذا أضيف إلى حلوله نفاذ العقد. فالعقد موجود ومستكمل لعناصره وأركانه بدون الأجل، ولكن نفاذه أضيف للأجل، فلا يمكن مطالبة المدين بتنفيذه إلا عند حلول الأجل. فالمقترض في عقد القرض يلتزم برد ما اقترضه بعد مدة من تسلم القرض، فان حل الأجل المعين لذلك وجب عليه الوفاء.

الأجل الفاسخ (المنهي): يكون الأجل فاسخاً إذا أضيف لنفاذه انقضاء العقد، كعقد الإيجار الذي ينقضي عند انتهاء مدته ويزول حق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة.

المبحث الثاني
أنواع الأجل من حيث مصدره

الأجل من حيث مصدره اتفاقي وقضائي وقانوني.
أولاً - الأجل الاتفاقي:الأصل ان يتفق المتعاقدان على الأجل صراحة. كاتفاق المشتري مع البائع على تأجيل دفع الثمن لميعاد معين. أو يكون الأجل ضمنياً يستخلص من طبيعة المعاملة، كالاتفاق في الشتاء على عمل لا فائدة منه إلا في الصيف كالاتفاق على تبريد محل. وان وقع نزاع حول الأجل تقوم المحكمة بتعيينه مسترشدة بالمألوف في التعامل والعادة المتبعة في مثل هذه الأحوال.
ثانياً - الأجل القانوني:يتولى القانون أحيانا تحديد الأجل، من ذلك ما جاء في المادة (١٠٧٠) م.ع، التي لم تجز للشركاء البقاء في الشيوع بمقتضى اتفاق لأجل يتجاوز خمس سنين. وقد يصدر المشرع قوانين استثنائية في أوقات الأزمات الاقتصادية يمنح بموجبها أجلاً لجميع المدينين للوفاء بديونهم.
ثالثاً - الأجل القضائي (نظرة الميسرة): قد يمنح القاضي المدين المعسر أجلاً للوفاء بدينه إذا استدعت حالته الرأفة ولم يلحق الدائن ضرر جسيم من ذلك إذا لم يوجد نص قانوني يمنع ذلك ومثال المنع القانوني نص المادة ٥٨١ م.ع (يتعين الحكم بالفسخ فوراً إذا طلب الدائن ذلك وكان مهدداً أن يضيع المبيع والثمن).
الأثر الوحيد للمهلة القضائية: أنها تمنع الاستمرار في الدعوى، فلا ترجئ استحقاق الدين، فان يسر المدين قبل انتهائها جاز للدائن أن يطالب المحكمة بان تأمر المدين بالوفاء في الحال.
الحقوق التي يلحقها الأجل: جميع الحقوق العينية والشخصية ما عدا حق الملكية. فنصت المادة (٢٩٢) م.ع (لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل). والسبب في ذلك هو ان حق الملكية حق تأبى طبيعته أن يقترن بأجل واقف أو فاسخ، فيجب أن يكون مؤبداً. فهو يتأبد في انتقاله من مالك إلى مالك، فلا يجوز القول مثلاً أبيعك داري لمدة سنة، ولا يجوز كذلك تقترن بأجل واقف فلا يجوز القول مثلاً أبيعك داري ابتداءً من السنة القادمة.
لمصلحة من يتقرر الأجل: الأصل في الأجل ان يتقرر لمصلحة المدين، ولكن قد يتبين العكس من طبيعة العقد أو ظروف التعاقد أو نص القانون، ومثال الأجل المضروب لمصلحة الدائن كما لو اشترط المشتري تسليم المبيع في تاريخ معين، فليس للبائع إجباره على تسلمه قبل الموعد. وطبيعة عقد القرض والإيجار تقضي أن يكون الأجل لمصلحة الطرفين.

الفرع الثالث: آثار الأجل

المبحث الأول: آثار الأجل قبل حلوله

المطلب الأول

الأجل الواقف

العقد المضاف إلى اجل واقف ينعقد سبباً في الحال ولكن يتأخر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه. ومثاله اشتراط المشتري تأجيل دفع الثمن، فيكون ملزماً بدفعه عند حلول الأجل. فالحق المقترن بأجل واقف مؤكد الوجود ولكنه غير نافذ، ولكن حكمه، وهو وجوب تنفيذ هذه الالتزامات، يتأخر إلى حين حلول الأجل المضاف إليه. ويترتب على ذلك النتائج التالية:
أ: النتائج المترتبة على إن الدائن يمتلك حقاً مؤكداً: وهي تشبه النتائج المترتبة على الحق المعلق على شرط واقف.
١- لصاحب الحق التصرف بحقه، وإذا مات انتقل حقه لورثته. ٢- إذا وفى المدين عن بينة واختيار فيعتبر نازلاً عن الأجل، وليس له استرداد ما دفعه. ٣- إذا هلكت العين قضاءاً وقدراً بدون خطأ من المدين فإنها تهلك على الدائن.
ب: النتائج المترتبة على إن حق الدائن غير نافذ:
١- لا يستطيع الدائن المطالبة بحقه قبل حلول الأجل. ٢- لا يستطيع الدائن إقامة دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه، لأنها مقدمة للأعمال التنفيذية، وهو لا يستطيع التنفيذ بحقه في الحال. ٣- لا يسري التقادم إلا من حين حلول الأجل. ٤- لا تقع المقاصة بين دين مؤجل ودين حال. ٥- ليس للدائن أن يحبس حقاً عنده لمدينه، لان دينه غير مستحق الأداء.
أنواع العقود من حيث جواز إضافتها للمستقبل:

١ـ العقود التي لا تتضمن التمليك في الحال: وهذه يصح إضافتها للمستقبل، وأهمها عقود الإجارة والكفالة والمزارعة والمساقاة. فيصح القول أؤجرك داري لمدة سنة ابتداءً من أول الشهر القادم.
٢ـ العقود التي تتضمن التمليك في الحال: وهي البيع والهبة، وهذه لا تصح إضافتها إلى المستقبل، ونصت (م-٢٩٢) م.ع على ذلك بقولها (لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل).

المطلب الثاني

الأجل الفاسخ

الحق المقترن بأجل فاسخ موجود ونافذ ولكنه مؤكد الزوال عند حلول الأجل. كحق المستأجر بالانتفاع بالمأجور في الحال حتى نهاية عقد الإيجار وعندها يعيدها للمؤجر. ويترتب على ذلك، ان الدائن يستطيع المطالبة بحقه واتخاذ الوسائل التنفيذية والتصرف بحقه في حدود الحق، فهو حق مؤقت بالضرورة، فالمستأجر يستطيع ان يتصرف بحقه بالإيجار من الباطن للغير في حدود الإيجار الأصلي.

المبحث الثاني

آثار الأجل بعد حلوله

أـ الأجل الواقف: إذا حل الأجل الواقف أصبح حق الدائن نافذاً، فيستطيع الدائن المطالبة بحقه وإجبار مدينه على الوفاء واتخاذ الوسائل التنفيذية لذلك.
ب ـ الأجل الفاسخ: إذا حل الأجل الفاسخ انقضى حق الدائن. ففي عقد الإيجار، إذا انتهت مدة الإيجار فعلى المستأجر ان يرد المأجور إلى المؤجر، ويصبح الأخير دائناً بالرد.

المبحث الثالث

انتهاء الأجل

الطريق الطبيعي لانتهاء الأجل: الطريق الطبيعي لانتهاء الأجل هو حلوله، وهو لا يثير صعوبة فالمشتري بثمن مؤجل عليه أن يدفع الثمن عند حلول الأجل. وإذا عينت فترة لحلول الأجل فانه يحل في اليوم الأخير من الفترة، فإذا حدد لحلول الأجل شهر معين فإنه يحل في اليوم الأخير من الشهر.
طريقان استثنائيان لانتهاء الأجل: قد ينتهي الأجل استثناءاً قبل حلوله في حالتين هما:
اولاً ـ انتهاء الأجل بالنزول عنه ممن قرر لمصلحته: إذا تمخض الأجل لمصلحة احد الطرفين جاز لهذا الطرف أن ينزل عنه بإرادته وحده. ففي عقد العارية مثلاً، إذا حددت مد\ة لمصلحة المستعير فله ان يرد الشيء المعار قبل انتهاء المدة.
ثانياً ـ انتهاء الأجل بسقوطه: يسقط الأجل إذا حرم منه المدين رغم إرادته، أما الأجل الذي يضرب لمصلحة الدائن فلا يسقط. وقد نص القانون على ثلاثة أسباب تؤدي إلى سقوط الأجل إضافة إلى سبب آخر، وهي:
١ـ الحكم بإفلاس المدين: إذ يؤدي هذا الحكم إلى حلول جميع ديونه المؤجلة على تخصم منها الفوائد عن المدة المتبقية. وذلك حتى لا يستقل بعض الدائنين بالحصول على ديونهم دون غيرهم من الدائنين.
٢ـ إذا اضعف الدائن بفعله ما أعطى الدائن من تأمينات: ويقصد بها التأمينات الخاصة التي تترتب عليها حقوق عينية كرهن أو حق امتياز. ولا بد من ضعف كبير يصيب التأمينات بفعل المدين فلا تعود تكفي للوفاء بالدين، كأن يهدم المدين الدار المرهونة. والالتزام هنا تخييري للدائن فهو بالخيار بين أن يطلب الوفاء في الحال من المدين أو أن يطلب تكملة التأمينات. أما إذا كان ضعف التأمينات بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كصاعقة هدمت الدار، فالأجل يسقطك كذلك ولكن المدين هنا بالخيار بين أن يكمل التأمين وبين أن يدفع الدين فوراً.
٣ـ إذا لم يقدم المدين ما وعد بتقديمه للدائن من تأمين: وفي هذه الحالة يسقط الأجل ولكن لا تخصم الفوائد عن المدة المتبقية لحلول الأجل وذلك لان الأجل سقط بخطأ المدين.
٤ـ سقوط الأجل بموت المدين: موت المدين يعجل بحلول ديونه كلها. والسبب في ذلك انه يجب تصفية التركة تطبيقاً لقاعدة أن (لا تركة إلا بعد سداد). فيجب الوفاء بالديون قبل توزيع التركة. ولكن إذا كان الدين

مضموناً بتأمين عيني فهو لا يحل كما لا يدخل الضمان العيني في توزيع التركة إلا بعد حلول الأجل وأداء الدين المضمون به.
****

الفصل السادس

تعدد محل الالتزام

هناك ثلاث صور للتعدد كوصف يرد على محل الالتزام:
١- التزام متعدد المحل: فقد يتعدد محل الالتزام ولكن الأشياء المتعددة تعتبر في حكم الشيء الواحد وواجبة الوفاء على المدين كلها. كما لو اشترى شخص حصاناً وسيارة وصفقة واحدة بثمن واحد. ولا أهمية للتعدد هنا حيث يعتبر الالتزام بسيط غير موصوف.
٢- الالتزام التخييري (خيار التعيين): وهو وصف من أوصاف الالتزام، ويقصد به أن يتعدد محل الالتزام ولكن الوفاء بأحد الأشياء يكفي لإبراء ذمة المدين . فيكون الالتزام تخييرياً إذا كان هناك شيئان أو أكثر يصلح أي منهما أن يكون محلاً للوفاء. كما لو باعه إحدى هاتين السيارتين. والخيار في تعيين الشيء قد يكون للدائن أو للمدين.
٣- الالتزام البدلي: وهو وصف من أوصاف الالتزام، ويقصد به أن محل الالتزام يكون شيء واحد ولكن المدين يستطيع الوفاء بشيء آخر بدلاً منه ويجبر الدائن على قبول هذا الشيء. كما لو باعه حنطة واحتفظ لنفسه بالحق في إعطاء شعير بدلاً منها.

الفصل السابع

تعدد طرفي الالتزام

قد يرد التعدد على طرفي الالتزام فيكون له ثلاث صور:
١- الالتزام متعدد الأطراف (التعدد الصوري): وهو أن يتعدد الدائنون لمدين واحد ولكن لا يستطيع أي دائن إلا المطالبة بحصته فقط. وقد يتعدد المدينون لدائن واحد ولكن الدائن لا يستطيع أن يطالب احد المدينين بكل الدين بل بحصته فقط. وهو تعدد لا يهمنا هنا لأنه لا يثير صعوبة في العمل. إلا ان هناك صورة وسط بين التعدد الصوري وتعدد الدائنين مع التضامن ويقال لهذه الصورة (الدين المشترك) وسندرسها بإيجاز.
٢- التزام غير قابل للانقسام:وهو أن يتعدد احد طرفي الالتزام، أو كلاهما، ولكن محل التزام لا يمكن ان ينقسم على الدائنين ولا بين المدينين، وهو يؤدي إلى نتائج تشبه النتائج التي يؤدي اليها التضامن.
٣- تعدد مع التضامن (التزام تضامني): وهو ان يتعدد أحد طرفي الالتزام، أو كلاهما، وترتبط بين الدائنين أو المدينين رابطة خاصة. وندرس فيه التضامن الايجابي (الدائنون المتضامنون) والتضامن السلبي (المدينون المتضامنون).

الفرع الأول

الدين المشترك

وهو صورة وسط بين التعدد الصوري وتعدد الدائنين مع التضامن ويقال لهذه الصورة (الدين المشترك). مثال ذلك إذا مات الدائن عن عدد من الورثة. فالورثة يرثون الدين ويصبح الدين مشتركاً بينهم بنسبة أنصبتهم في التركة.
مصادر الدين المشترك: يكون الدين مشتركاً بين عدة دائنين إذا نشأ من سبب واحد وكان غير متجزئ، والسبب المنشئ هو المصدر الذي انشأ الدين وعدم تجزؤ الدين يرجع إما إلى وحدة الصفقة أو إلى سبق الاشتراك في المال.
المصدر الأول - وحدة الصفقة أو الاتفاق: وهو ان يتصرف عدة أشخاص بمال يملكونه بعقد واحدكالبيع أو الإيجار دون تعيين حصة كل منهم في الثمن أو الأجرة.

المصدر الثاني ـ سبق الاشتراك في المال الذي نشأ عنه الدين : كما لو اتلف شخص مالاً مملوكاً لأكثر من شخص، فينشأ في ذمته التزام بالتعويض فيكون ديناً مشتركاً بين مالكي المال.
ـ نشوء الدين المشترك ابتداءً: ويقع ذلك في الإرث والوصية والهبة. فإذ ا توفى الدائن عن عدد من الورثة فالدين يصبح مشتركاً بينهم بنسبة حصصهم في التركة.

المبحث الثاني

الآثار التي تترتب على الاشتراك في الدين

المطلب الأول

علاقة الدائنين بالمدين

يحكم هذه العلاقة مبدأ جوهري هو ان الدين واحد عند نشوءه منقسم عند المطالبة، ويترتب على ذلك نتيجتان:
اولاً ـ ليس لكل دائن أن يطالب المدين إلا بحصته من الدين فقط: ليس للدائن ان يطالب بأكثر من حصته وليس للمدين ان يفي لأحدهم بأكثر من حصته. فإذا فعل لم تبرأ ذمته تجاه باقي الدائنين ولهم إجباره على الوفاء بحصصهم.
وان أوفي المدين لأحد الدائنين حصته من الدين المشترك كان لباقي الدائنين الخيار بين مشاركته فيما قبض وبين الرجوع على المدين بحصصهم. وإذا اختاروا الرجوع على المدين لا يجوز لهم الرجوع على الدائن القابض إلا إذا توت حصصهم، أي لم يحصلوا عليها بسبب إعسار المدين. وتحدد حصة كل دائن أما بالاتفاق أو بالقانون كقانون الميراث، وإذا لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يحد نصيب كل منهم فيفترض ان حصصهم متساوية.
ثانياً ـ لا توجد نيابة متبادلة فيما بين الدائنين: يترتب على ان الدين منقسم عند المطالبة ان كل عمل يقوم به احد الدائنين بخصوص الدين انما يقوم به لمصلحة نفسه ولا ينصرف أثره إلى حصص بقية الدائنين، نافعاً كان العمل أو ضاراً. فإذا قام احد الدائنين بقطع تقادم الدين أو اعذر المدين أو قاضاه أو وهبه الدين أو صالحه عليه أو نزل له عن التأمينات المقدمة ضماناً للوفاء فانه يفعل ذلك بالنسبة لحصته وينفذ في حصة هذا الدائن فقط ولا يستفيد أو يضر منه بقية الدائنين.
ـ وقد اختلفت الآراء بشأن استفادة باقي الدائنين عند حصول احد الدائنين على حكم ضد المدين، والرأي الراجح أنهم يستفيدون من هذا الحكم ولا يكلفون بعد ذلك بإثبات حقوقهم لأن الدين المشترك ناشئ عن سبب قانوني واحد ولأن الدين لا يزال مشتركاً بينهم جميعاً.

المطلب الثاني

علاقة الدائنين بعضهم ببعض

تحكم علاقة الدائنين بعضهم ببعض قاعدة جوهرية هي انه ليس للدائن الذي قبض شيئاً من الدين المشترك ان يستبد به لنفسه، حتى لو كال ما قبضه اقل من حصته. فلبقية الدائنين الخيار بين مشاركته فيما قبض وبين الرجوع على المدين بحصصهم. وإذا اختاروا الرجوع على المدين فان وجدوه معسراً رجعوا على الدائن القابض حصته فحملوه نصيبه قي إعسار المدين.
ـ إذا خرج ما قبضه احد الدائنين من يده بتصرف قولي كالبيع أو الهبة أو هلك بخطئه أو إذا لم يستوفي الدائن حقه مباشرة من المدين بل من آخر ككفيل أو محال عليه، كان لباقي الدائنين الرجوع عليه بضمان حصصهم كل بقدر حصته. وإذا هلك المقبوض بسبب أجنبي فيعتبر هذا الدائن مستوفياً لما قبضه من حصته ولا يرجع عليه بقية الدائنين وإنما يرجعون على المدين.
ـ وإذا استوفى الدائن شيئاً آخر ليس من جنس الدين، كأن اشترى أو استأجر من المدين شيئاً بحصته، فليس لباقي الدائنين مشاركته فيما قبض ولكن لهم الرجوع عليه بالضمان كل بنسبة حصته من الدين المشترك.
ـ وإذا صالح احد الدائنين المدين على حصته في الدين، فان كان بدل الصلح من جنس الدين فشركاؤه بالخيار أما مشاركته في المقبوض أو الرجوع على المدين، وان كان البدل من غير جنس الدين فشركاؤه بالخيار أيضا

أما مشاركته في المقبوض أو الرجوع على المدين ولكن للدائن الخيار هنا إن شاء سلمهم نصيبهم في المقبوض وان شاء دفع لهم نصيبهم في الدين.
ـ وإذا استوفى احد الدائنين حصته في الدين المشترك بالمقاصة بدين المدين عليه، فان كان دين المدين قد ثبت قبل ثبوت الدين المشترك فلا يرجع عليه بقية الدائنين لأنه لم يستوف شيئاً إنما يكون المدين هو من استوفى دينه في ذمة هذا الدائن. اما إذا كان دين المدين قد ثبت بعد ثبوت الدين المشترك فيعتبر الدائن قد استوفى حصته فيرجع عليه بقية الدائنين بحصصهم.
ـ هناك حالات لا يستوفي فيها الدائن شيئاً ومع ذلك يعتبر مستوفياً لحصته ولكن لا يرجع عليه بقية الدائنين لمشاركته فيما قبض، وهذه الحالات هي:
١ـ الكفالة: إذا كفل أحد الدائنين مديناً للمدين ثم أعسر المكفول (مدين المدين)، ضمن الدائن وسقطت حصته في الدين المشترك بدين المدين على المكفول، ولكن لا يرجع عليه بقية الدائنين حتى لو رجع الدائن على المكفول وحصل منه على مبلغ الضمان بعد ذلك تطبيقاً لقاعدة (الغرم بالغنم).
٢ـ الهبة والإبراء: كذلك الأمر إذا وهب أحد الدائنين حصته للمدين أو ابرأه منها فلا يرجع عليه بقية الدائنين والعلة هي إن الدائن لم يقبض شيئاً.
استثناء: القواعد المتقدمة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها. فيجوز ان يتفق الدائنون على تقسيم الدين المشترك فيختص كل دائن بحصته ولا يشاركه فيها غيره من الدائنين حتى لو أعسر المدين ولم يحصلوا على حصصهم، ونكون عندئذ أمام تعدد صوري.
****

الفرع الثاني

الدائنون المتضامنون (التضامن الإيجابي)

معنى التضامن الايجابي: في التضامن الايجابي يكون لكل دائن أن يطالب المدين بكل الدين، وتبرأ ذمة المدين إذا وفى بالدين كله لأي من الدائنين.
مصادر التضامن الايجابي: لا يكون الدائنين متضامنين إلا إذا نص الاتفاق أو القانون على تضامنهم، فمصادر التضامن الايجابي هي الاتفاق أو القانون. وإذا كان الاتفاق مصدر للتضامن فيجب ان يكون صريحاً واضحاً، وان كان ضمنياً فيجب أن لا يكون هناك شك في الصراف نية الطرفين إليه، فلا يستخلص من مجرد وجود ملكية مشتركة مثلاً كما لو باع شخصان سيارة يملكونها ، والشك يفسر لنفي التضامن لا لإثباته.

المطلب الأول

العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين

تحكم العلاقة بين الدائنين المتضامنين والمدين المبادئ الثلاثة التالية:
المبدأ الأول ـ وحدة المحل:يعني مبدأ وحدة المحل ان لكل دائن المطالبة بكل الدين، وان للمدين الوفاء بكل الدين لأي دائن الدين فان رفض المدين كان للدائن المطالب إجباره بواسطة القضاء، وإذا طالب الدائنون المتضامنون المدين مجتمعين فعليه أن يدفع لكل منهم حصته من الدين فقط. ومن جهة أخرى للمدين أن يختار أي دائن ويدفع له كل الدين، وليس لهذا الدائن أن يرفض قبض الدين ويقتصر على قبض حصته.
قيد: إذا كان للمدين أن يفي بكل الدين لأحد الدائنين إلا إن ذلك مقيد بعدم ممانعة دائن آخر في هذا الوفاء، فإذا انذر الدائن المدين بان يمتنع عن الوفاء لدائن آخر كان للمدين ان يفي لهذا الدائن بحصته من الدين وان يفي بالباقي للدائن الذي اختاره.
المبدأ الثاني ـ الاحتجاج بالدفوع:للمدين ان يدفع حين المطالبة بالدفوع التالية:
الدفوع الخاصة بالدائن المطالب:إذا طالب احد الدائنين المتضامنينالمدين بكل الدين وكان للمدين دفع خاص بهذا الدائن فله أن يتمسك به تجاهه، كالدفع بانقضاء حصته بالمقاصة أو الإبراء أو الهبة....الخ.
الدفوع الخاصة بدائن آخر: وكذلك إذا كان للمدين دفع خاص بأحد الدائنين الآخرين فله أن يتمسك به تجاه الدائن المطالب وبقدر حصة الدائن الآخر .

الدفوع المشتركة: وهي الدفوع التي تتعلق بأصل الدين، أي بالعقد الذي انشأ الالتزام ، كالدفع ببطلان العقد أو انه موقوف لنقص في أهليته أو لعيب في رضائه، فمثل هذا العيب يمكن الاحتجاج به على جميع الدائنين. وكذلك إذا كان المدين قد وفي كل الدين لأحد الدائنين وبرئت ذمته تجاه جميع الدائنين.

المبدأ الثالث ـ النيابة المتبادلة فيما ينفع لا فيما يضر: بما إن كل دائن يعتبر وكيل عن غيره من الدائنين عند قيامه بعمل يتعلق بالدين، فان قام أي منهم بعمل ضار بالآخرين فلا يسري في حقهم وعلى العكس إذا قام بعمل نافع فان الدائنين الآخرين يستفيدون منه، لان الوكالة تكون فيما ينفع لا فيما يضر.

الأعمال النافعة: ومثالها قطع التقادم ، واعذار الدائن للمدين والمطالبة القضائية بالفوائد، ما لم يكن الحكم قد صدر للدائن بناءاً على سبب خاص به، كتوقف التقادم لمصلحته لطروء نقص على أهليته.

الأعمال الضارة: ومثالها حصول المدين على حكم ضد احد الدائنين واعذاره، أو نزول احدهم عن التأمينات أو تأجيل احدهم الدين كله، فلا يسري كل ذلك في حق باقي الدائنين.

المطلب الثاني

علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض

انقسام الدين: يحكم علاقة الدائنين المتضامنين بعضهم ببعض مبدأ جوهري هو: إن الدين ينقسم فيما بينهم وما يقبضه احدهم يشترك فيه الجميع. وبهذا يشبه التضامن بين الدائنين الدين المشترك. والأصل ان حصص الدائنين تعتبر متساوية ما لم تحدد بنص قانوني أو اتفاقي.

الأساس القانوني لرجوع الدائنين على الدائن القابض: يمكن تلمس هذا الأساس في وكالة ضمنية تستفاد من واقعة التضامن الذي اتفقوا عليه فيما بينهم وهذا يعنى أنهم قد وكل بعضهم بعضاً في قبض الدين. فالدائن القابض يعتبر أصيلاً عن نفسه في القبض ووكيلاً عن الدائنين الآخرين.

****

الفرع الثالث

المدينون المتضامنون (التضامن السلبي)

يكون المدينون متضامنين إذا كان للدائن مطالبة أي شاء منهم بكل الدين بالرغم من قابلية محل الالتزام للانقسام، وإذا وفى احدهم بالدين برئت ذمته وذمم المدينين الآخرين. كما لو باع الدائن شيئاً لثلاثة أشخاص واشترط أن يكونوا متضامنين في الوفاء بالثمن، كان له مطالبتهم مجتمعين ومنفردين، والمدين الذي يطالبه بالدين يكون ملزماً بالوفاء بالثمن كله.

المبحث الأول

مصادر التضامن بين المدينين

وهما مصدران الاتفاق والقانون:

اولاً ـ الاتفاق: يصح أن يرد الاتفاق على التضامن بين المدينين في صلب العقد أو في اتفاق لاحق، ويجب ان يكون صريحاً لا لبس فيه، كما لا يجوز افتراضه أو استنباطه من مجرد اشتراك مجموعة من الأشخاص في شراء شيء معين من بائعه. فان أراد البائع أن يكونوا متضامنين فعليه اشتراط ذلك بوضوح لا يترك مجالاً للشك، ويفسر الشك لنفي التضامن لا لإثباته.

ـ التضامن بين المدينين في المسائل التجارية على خلاف ما تقدم منصوص عليه في القانون ما لم يشترط خلاف ذلك.

ثانياً ـ القانون: توجد نصوص متفرقة في قوانين مختلفة تقضي بالتضامن بين المدينين، منها نص المادة (٨٧١) م.ع من انه: (إذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في العمل من عيب كانا متضامنين في المسؤولية) وما نصت عليه المادة (٢/١٨٦) من انه (إذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما. فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان).

المبحث الثاني

آثار التضامن بين المدينين

أولاً ـ العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين: يحكم علاقة الدائن بالمدينين المتضامنين ثلاث مبادئ هيوحدة المحل وتعدد الروابط والنيابة المتبادلة فيما ينفع لا فيما يضر:

١ـ وحـدة المحـل: أهم اثر للتضامن بين المدينين يظهر في اعتبار كل مدين ملزماً بكل الدين. فللدائن مطالبة أياً منهم بكل الدين، وان طالب احدهم لا يسقط حقه في مطالبة غيره فله مطالبتهم منفردين ومجتمعين، وليس للمدين المطالب ان يدفع حصته فقط، فان وفى احدهم بالدين برأت ذمته وذمم باقي المدينين، وكان له الرجوع عليهم كل بقدر حصته. وإذا انقضى دين أحد المدينين بغير الوفاء، كالتجديد والمقاصة والإبراء...، فلا يستطيع الدائن مطالبة الآخرين إلا بعد خصم حصة هذا المدين. ذلك أن الدين يعتبر واحداً بالنسبة لجميع المدينين فان انقضى جزء منه فانه ينقضي بالنسبة للمدينين جميعاً.

٢ـ تعـدد الروابـط: يبقى المدينون المتضامنون رغم وحدة المحل مرتبطين بالدائن إضافة إلى رابطة التضامن بروابط متعددة مختلفة فيما بين كل منهم وبين الدائن، فمن الممكن ان تكون رابطة بعضهم موصوفة وبعضها الآخر بسيطة، فقد تكون إحدى هذه الروابط معلقة على شرط واقف، وأخرى مقترنة بأجل واقف وبعضها منجزة. فيجب على الدائن مراعاة ذلك عند مطالبة المدينين، فلا يستطيع مطالبة من كان دينه معلق على شرط واقف قبل تحقق الشرط ولا من كان دينه مؤجلاً قبل حلول الأجل.

ـ الدفـــوع: من مقتضى مبدأ تعدد الروابط أن يكون لبعض المدينين المتضامنين دفوع خاصة أو عينية أو مختلطة وكما يأتي:

أ ـ الدفـوع العينيـة (المشتركة): وهي الدفوع التي ترد على أصل الدين ويمكن لجميع المدينين المتضامنين التمسك بها. كالدفع ببطلان العقد وبالتقادم، أو إن العقد معلق على شرط واقف لم يتحقق أو شرط فاسخ تحقق،.... الخ.

ب ـ الدفـوع الشخصيـة: وهي الدفوع التي تتحقق لبعض المدينين المتضامنين فقط، ولا يستفيد منها المدينين الآخرين، كالدفع بنقص الأهلية وعيوب الرضاء.

ج ـ الدفـوع المختلطة: وهي الدفوع التي تتحقق لبعض المدينين المتضامنين ويستفيد منها الآخرون، وهي تنشأ عن انقضاء الدين بالنسبة لأحد المدينين فقط. وسميت مختلطة لأنها شبيهة بالدفوع العينية من جهة حيث يستفيد منها جميع المدينين وبالدفوع الشخصية التي لا يُتمَسك بها إلا بقدر حصة المدين الذي انقضى دينه.

٣ـ النيابة المتبادلة فيما ينفع لا فيما يضر: ومعنى النيابة هنا أن كل مدين يعتبر ممثلاً للآخرين في الأعمال النافعة التي يقوم بها دون الأعمال الضارة، فان قام احدهم بعمل نافع استفاد منه الجميع وان قام الدائن بعمل ضار ضد احد المدين اقتصر أثره عليه فقط ولا يتضرر منه المدينون الآخرون. ومن تطبيقات ذلك: انقطاع التقادم أو وقفه وخطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه والإعذار والمطالبة القضائية والإقرار والصلح مع احد المدينين.

ثانياً ـ علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم (انقسام الدين): تحكم هذه العلاقة قاعدة جوهرية هي انقسام الدين. فإذا وفى أحدهم بالدين فانه يرجع على كل الآخرين بقدر حصته. وتحدد حصة كل مدين في الدين إما في العقد أو بنص القانون وإذا لم تحدد اعتبرت الحصص متساوية. فإذا اشترى أربعة أشخاص قطعة ارض ولم تحدد حصصهم في الأرض اعتبرت الحصص متساوية وإذا وفى احدهم بالثمن كله رجع على كل من الآخرين بربع الثمن.

وفي العمل غير المشروع يحدد القاضي حصة كل من المدينين في الدين (التعويض)، فإذا اشترك عدة أشخاص في إحداث ضرر لآخر وأمكن تعيين جسامة خطأ كل منهم فالقاضي يحدد في الحكم مقدار ما يتحمله كل منهم من التعويض.

الإعسار: إذا قضى احد المدينين المتضامنين الدين ورجع على الآخرين فوجد بعضهم معسراً وزعت حصة المعسر على المدينين الآخرين.

قضاء الدين بغير الوفاء: إذا قضى احد المدينين الدين بغير الوفاء، كالحوالة والوفاء بمقابل والصلح على بدل ليس من جنس الدين، فانه يرجع على المدينين بما ضمن لا بما أدى فعلاً، حتى لو كان ما أداه أقل قيمة مما ضمن.
فلو كان المدينين أربعة وكان مقدار الدين ألف دينار وتصالح احدهم مع الدائن على سيارة بدل الألف، فانه يرجع على باقي المدينين بقدر حصته من الألف دينار حتى لو كانت قيمة السيارة اقل من ألف دينار. وكذلك الأمر إذا وهب الدائن الدين لأحد المدينين.
- **إذا كان أحد المدينين المتضامنين فقط هو صاحب المصلحة في الدين** ولم يكن باقي المدينون سوى كفلاء ، فالذي يتحمل الدين هو صاحب المصلحة ولا رجوع له على الآخرين إذا قام بالوفاء، ولكن إذا وفاه احد المدينين الآخرين فانه يرجع على المدين صاحب المصلحة بكل الدين.
الأساس القانوني لرجوع المدين الموفي على المدينين الآخرين: إذا وفى أحد المدينين المتضامنين بالدين كان له ان يرجع على المدينين الآخرين إما بدعوى شخصية أو بدعوى الحلول.
وتقوم الدعوى الشخصية على أساس من الوكالة أو الفضول (لم يأخذ مشرعنا بالفضول كتطبيق للكسب دون سبب) فالمدين الموفي بكل الدين يعتبر أصيلا عن نفسه ووكيلاً عن المدينين الآخرين فيرجع عليهم بدعوى الوكيل تجاه موكله. أما أساس الرجوع بدعوى الحلول هو إن من دفع للدائن حقه يحل محله في هذا الحق، فينتقل إليه هذا الحق بصفاته وتأميناته ودفوعه.
وتمتاز الدعوى الشخصية على دعوى الحلول أنها تمكن المدين الموفي من مطالبة المدينين الآخرين بفوائد المبالغ التي دفعها للدائن كما إن التقادم فيها يسري من تاريخ الوفاء لا من تاريخ استحقاق الدين.
وتمتاز دعوى الحلول على الدعوى الشخصية في إن التأمينات الضامنة للدين تنتقل مع الدين لتضمن للموفي الحصول على ما دفعه ولكن من سلبياتها إن التقادم يسري فيها من تاريخ استحقاق الدين لا من حين الوفاء.
فإذا كانت مدة التقادم واحدة للدعويين فان دعوى الحلول تنقضي قبل دعوى الوكالة. ذلك أن حلول الأجل سابق على الوفاء في الغالب.

****

انتقال الالتزام

يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته، حقاً كان أو ديناً، من شخص إلى آخر. انتقالاً ايجابياً من دائن إلى دائن آخر باعتباره حقاً شخصياً وهذه هي حوالة الحق، وانتقالاً سلبياً من مدين إلى مد\ين آخر باعتباره ديناً وهذه هي حوالة الدين. والذي ينتقل بالحوالة هو الالتزام ذاته بجميع خصائصه من صفات وضمانات ودفوع، من صفات كالشرط والأجل والفوائد وضمانات كالرهن والامتياز ودفوع كالبطلان وعدم النفاذ. وما تقدم يعرف بانتقال الالتزام بين الأحياء تمييزاً له عن انتقال الالتزام بالوفاة الذي يخضع لقواعد الإرث والوصية.

****

الفصل الثامن

حوالة الدين

تعريف، يقصد بحوالة الدين قانوناً: انتقال الدين والمطالبة به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.
كأن يتفق المدين (المحيل) مع أجنبي (المحال عليه) على أن يتحمل عنه دين دائنه، ويعرف الدائن بـ (المحال له).
ولم تجز الشرائع القديمة حوالة الدين تمشياً مع النزعة الشخصية للالتزام، بينما أجازتها الشرائع ذات النزعة الموضوعية كالشريعة الإسلامية والقانون الألماني والسويسري، فقد أجازتها الشريعة الإسلامية للناس تسامحاً، وجاء في الحديث الشريف (مطل الغني ظلم فإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع).

أنواع الحوالة: الحوالة نوعان مطلقة ومقيدة، فهي مطلقة إذا لم يكن للمحيل على المحال عليه دين أو عين أصلاً أو إذا لم يقيد المحيل أداء الدين مما له في ذمة المحال عليه من دين أو عين. وهي مقيدة إذا قيد المحيل أداء الدين مما له في ذمة المحال عليه من دين أو عين.

المبحث الأول

أركان الحوالة وشروطها

حوالة الدين اتفاق (عقد) بين طرفين يجب أن تتوافر فيه أركان أي اتفاق من رضا ومحل وسبب. فلا بد من وجود تراض صادر من ذي أهلية وخال من العيوب. والمحل هنا هو الدين المحال، والحوالة ترد على جميع الديون أياً كان محلها، منجزة أو مؤجلة أو معلقة على شرط، وهي تنعقد صحيحة في الدين المستقبل ولكنها لا تنفذ إلا بوجود الدين.

ونحيل فيما تقدم إلى القواعد العامة في نظرية العقد، ولكن نشير إلى بعض الأحكام الخاصة بحوالة الدين.

أ ـ الأهلية: أطراف الحوالة هم المحيل والمحال له والمحال عليه، فان كانوا جميعاً عاقلين بالغين صحة الحوالة ، فان كان بعضهم أو كلهم غير ذلك ففي الأمر تفصيل كما يأتي:

أولاً- أهلية المحيل (المدين): هي أهلية التعاقد بوجه عام، فالحوالة بالنسبة للمحيل من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فان كان صغيراً غير مميز فلا تصح حوالته وان كان مميزاً كانت حوالته موقوفة على إجازة وليه.

ثانياً- أهلية المحال له (الدائن): ويخضع لنفس أحكام المحيل ويضاف إليها انه لا بد لصحة إجازة ولي الصغير المميز من أن يكون المحال عليه أملأ (أغنى) من المحيل وإلا كانت الإجازة والحوالة باطلتين.

ثالثاً- أهلية المحال عليه (المدين الجديد): هي أهلية الالتزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة بينه وبين المحيل (المدين الأصلي)، وهي بالنسبة له من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، فلا يجوز للقاصر مميزاً كان أو غير مميز أو مأذوناً قبولها ولو رضي بذلك وليه، وإذا قبلها كان قبوله باطلاً.

ب ـ الديون التي تصح بها الحوالة (المحل): تصح الحوالة بالدين الصحيح الثابت في الذمة فلا تصح الحوالة بالأعيان المعينة، والقاعدة (إن كل دين لا تصح به الكفالة لا تصح به الحوالة وكل دين تصح به الكفالة تصح به الحوالة إلا الدين المجهول وان صحت به الكفالة). فهي كما تصح بالديون الثابتة أصالة بالذمة كدين القرض والأجرة والثمن

كذلك تصح بالديون الثابتة بالذمة بطريق الكفالة أو الحوالة، فيجوز للكفيل أو المحال عليه أن يحيل الدائن على غيره.

شروط صحة الحوالة: يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له وإلا فهي وكالة، أي توكيل بالقبض.

انعقاد الحوالة:تتم حوالة الدين إما باتفاق بين المحيل والمحال عليه أو باتفاق بين المحال له والمحال عليه.

أولاً: انعقاد الحوالة باتفاق بين المحيل والمحال عليه: تتم الحوالة عادة في صورة اتفاق بين المحيل (المدين الأصلي) وبين شخص آخر يحل محله في الدين وهو المحال عليه (المدين الجديد).

ولكن ما هو موقف الدائن من هذا الاتفاق؟ خاصة وان شخصية المدين محل اعتبار كبير في الالتزام، فقيمة الالتزام تتوقف على ملأته، فقد يكون المحال عليه معسراً أو موسراً. وقد اختلفت التشريعات حول موقف الدائن (المحال له) من حوالة الدين، كما يأتي:

موقف المشرع العراقي: الحوالة باتفاق المحيل والمحال عليه في القانون العراقي من قبيل العقد الموقوف ، فإذا اقرها الدائن (المحال له) نفذت وان لم يقرها بطلت وكانت بدون اثر حتى بين المتعاقدين. فقد افترض المشرع العراقي إن نية المتعاقدين (المحيل والمحال عليه) قد انصرفت إلى عدم ترتيب أي اثر على الحوالة إذا لم يقرها الدائن. وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ثم انقضى الأجل دون ان يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة.

موقف المشرع المصري: اشترط المشرع المصري إقرار الدائن للحوالة بقصد نفاذها في حقه فقط، فإذا لم يقرها لا تبطل، وإنما لا تنفذ بحقه وتبقى نافذة بين المتعاقدين. فلو رفض الدائن إقرار الحوالة أو لم يحدد موقفه منها ظل المحال عليه طبقاً للمشرع المصري مرتبطاً بعقد الحوالة في علاقته مع المدين، أي ملزماً بالوفاء للدائن متى طلب المدين ذلك، فان تخلف عن الوفاء كان مسؤولاً أمامه بالتعويض .

- إقرار الدائن للحوالة: مع مراعاة ما تقدم من فروق بين التشريعات،فان إقرار (قبول) الدائن للحوالة قد يكون صريحاً قولاً أو كتابة أو ضمنياً بصدور عمل من الدائن يكون قاطعاً في دلالته على معنى الإقرار، كاستيفائه للدين من المحال عليه أو جزء منه دون تحفظ. ويجوز أن يصدر القبول في أي وقت بعد انعقاد الحوالة ولم قبل ان يعلن بها، ويعتبر سكوت المحال عليه بعد إعلانه بها لمدة معقولة رفضاً للحوالة.

- رفض الدائن للحوالة: للدائن أن يرفض الحوالة، فلا يجبر على قبول مدين على الرغم منه، وعندها، حسب مشرعنا، تعتبر الحوالة كأن لم تكن،أي باطلة حتى بين المحيل والمحال عليه. وإذا رفض الدائن الحوالة ليس له يقرها بعد ذلك.

ثانياً- انعقاد الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه: وفي هذه الطريقة تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه فلا يشترك المدين في العقد فتتم الحوالة وتنفذ في مواجهته بدون موافقته، لأنه بموجب القواعد العامة يجوز للأجنبي أن يفي بالدين دون رضاء المدين، إلا إن اثر عدم موافقة المدين يظهر في إن المحال عليه الموفي لا يستطيع الرجوع على المدين الأصلي لأنه يعتبر متبرعاً، فالرجوع على المدين الأصلي لا يكون إلا بإقراره للحوالة أو إذا تبين من الظروف إن للموفي مصلحة في الوفاء أو اثبت انه لم يكن عنده نية التبرع.

المبحث الثاني

أحكام حوالة الدين

أولاً - علاقة المحال له بالمحال عليه:

أ- أحكام الحوالة المطلقة: تتلخص هذه العلاقة في انتقال الدين من ذمة المحيل (المدين الأصلي) إلى المحال عليه (المدين الجديد) الذي يحل محل المحيل في نفس الدين بضماناته ودفوعه، ويتم هذا الاستخلاف من تاريخ انعقاد الحوالة.

١- يحل المحال عليه محل المحيل في نفس الدين: فهو يخلفه في نفس الدين بصفاته كالأجل والتعليق على شرط أو كان تجارياً أو ثابتا بسند تنفيذي أو منتجاً لفوائد ويقع هذا الحلول في كلتي صورتي الحوالة من تاريخ انعقادها.

٢- ينتقل الدين إلى المحال عليه بضماناته: يفرق المشرع العراقي بين التأمينات المقدمة من المدين والتأمينات المقدمة من الغير. فالرهن التأميني أو الحيازي المقدم من المدين ينتقل مع الدين ويبقى ضامناً للوفاء. أما التأمينات العينية مثل الكفالة العينية أو الشخصية مثل الكفالة المقدمة من غير المدين فإنها تسقط ما لم يرض الكفيل بالحوالة.

٣- ينتقل الدين إلى المحال عليه بدفوعه: للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع المتعلقة بذات الدين كالبطلان لعدم مشروعية محل أو سبب الدين أو الوفاء والإبراء وله التمسك بالدفوع المتعلقة بشخصه كنقص أهليته دون الدفوع المتعلقة بشخص المحيل كنقص أهلية المحيل، وله فضلاً عن ذلك أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة كالدفع ببطلان عقد الحوالة ذاته أو عيباً شاب إرادته عند قبوله الحوالة.

براءة ذمة المحال عليه من الدين: تبرأ ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به (الدين) أو بحوالته على آخر أو بالإبراء أو الهبة أو باتحاد الذمة أو بأي سبب آخر يقضي الالتزام. وإذا لم يحصل المحال له على كل المحال به من المحال عليه وكان له الرجوع على المحيل فانه يرجع عليه بالباقي، وإذا مات المحال عليه مديناً، يُقسم ماله بين الدائنين وبين المحال له بالحصص وما بقي للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل إذا كان له حق الرجوع .

ب - أحكام الحوالة المقيدة: قد تكون الحوالة مقيدة بعين لدى المحال عليه أو بدين للمحيل في ذمة المحال عليه:

١ـ إذا كانت الحوالة مقيدة بعين للمحيل مودعة عند المحال عليه، فأحال المحيل دائنه على الوديع (المحال عليه) ليستوفي حقه من هذه العين. ففي هذه الحالة لم يتعلق الدين بذمة المحال عليه وإنما تعلق بالعين المودعة. ولهذا فان المحال عليه لا يجبر على أداء الدين لأنه ليس ملزماً وإنما يجبر على بيع العين المودعة وتسديد الدين من ثمنها.
فاذا هلكت العين بعد الحوالة وقبل تسديد الدين بسبب أجنبي بطلت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل وكذلك الحكم إذا استحقت العين للغير. أما إذا هلكت العين بخطأ من الوديع المحال عليه تبقى الحوالة صحيحة ويحل التعويض محل ثمن العين يستوفي منه دينه. اما إذا كانت العين مغصوبة فلا تبطل الحوالة إذا هلكت بخطأ الغاصب أو بسبب أجنبي في الحالتين فيحل التعويض محل ثمنها، اما إذا استحقت العين المغصوبة للغير بطلت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل .
٢ـ إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل في ذمة المحال عليه: أما إذا كان للمحيل دين على المحال عليه وقيد الحوالة بهذا الدين وسقط الدين، فيجب التمييز بين حالتين:
أـ سقوط الدين بأمر عارض بعد الحوالة: في هذه الحالة لا تبطل الحوالة، فلو أحال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع ثم هلك المبيع عند البائع قبل تسليمه للمشتري وسقط الثمن أو رد المشتري المبيع لعيب فيه فلا تبطل الحوالة، ويكون للمحال عليه بعد الأداء الرجوع بما أداه.
ب ـ سقوط الدين بأمر سابق على الحوالة: في هذه الحالة تبطل الحوالة إذا تبينت براءة المحال عليه، فلو أحال البائع غريمه على المشتري بثمن المبيع ثم استحق المبيع للغير بطلت الحوالة وعاد الدين على المحيل. وإذا كان المشتري قد أوفى الدين للمحال له، فيكون للمشتري الخيار في الرجوع على البائع بدعوى البيع وإما على المحال له بدعوى ما دفع دون حق.
ثانياً ـ علاقة المحال له بالمحيل: إذا قبل المحال له الحوالة ورضي المحال عليه بها برىء المحيل من الدين والمطالبة معاً وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه ولا يمكن بعد ذلك للمحال له مطالبة المحيل حتى لو أعسر المحال عليه وتعذر عليه الحصول على دينه إلا إذا اشترط في الحوالة خيار الرجوع أو بطلت الحوالة المقيدة بسقوط الدين أو هلاك العين أو استحقاقها كما سبق البيان.
ثالثاً ـ علاقة المحال عليه بالمحيل: تتحدد اثار علاقة المحال عليه بالمحيل بما بينهما من علاقة سابقة على الحوالة. فالمحال عليه قد يقصد من تحمله للدين إلى إقراض المدين قيمة الدين، أو التبرع به، أو وفاء دين سابق عليه له. وعلى وجه العموم يعتبر المحال عليه انه أدى إلى المدين التزاماً بقدر قيمة الحوالة. وكما يأتي:
أـ بالنسبة للحوالة المطلقة: سبق ان رأينا ان الحوالة تكون مطلقة إذا لم يكن للمحيل على المحال عليه دين أو عين أصلاً أو إذا لم يقيد المحيل أداء الدين مما له في ذمة المحال عليه من دين أو عين. فإذا لم يكن المحال عليه مديناً للمحيل ولم يكن عنده عين مودعة أو مغصوبة، فانه يرجع على المحيل بعد الأداء لا قبله، ويرجع عليه بالمحال به لا بما أداه فعلاً، فإذا كان المحال به مبلغاً من النقود ولكن المحال عليه أدى شيئاً آخر كسيارة مثلاً، فانه يرجع على المحيل بالمبلغ المحال به لا بقيمة السيارة ويكون هناك وفاء بمقابل.
وإذا كان المحال عليه مديناً للمحيل أو كان للمحيل عنده عين مودعة أو مغصوبة ولم يقيد المحيل الأداء بما له على المحال عليه من دين أو عين فان للمحيل أن يطالب المحال عليه بالدين الذي له بذمته أو بالعين المودعة أو المغصوبة. وذلك إلى ان يؤدي المحال عليه الدين للمحال له. فإذا أداه سقط ما عليه للمحيل بقدر ما أدى.
ب ـ بالنسبة للحوالة المقيدة: إذا كانت الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحال عليه أو عين مودعة أو مغصوبة فلا يملك المحيل بعد الحوالة مطالبة المحال عليه وليس للمحال عليه الدفع للمحيل وإلا كان ضامناً للمحال له.
فالحوالة المقيدة تمنع بمجرد انعقادها المحيل من مطالبة المحال عليه بالدين أو العين الذي قيدت به الحوالة وذلك تطبيقاً لقاعدة (من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض). وإذا أعسر المحيل قبل أداء الدين فليس لسائر

الغرماء أن يشاركوا المحال له لتعلق حقه بمجرد انعقاد الحوالة بالدين أو بالعين فكأنه أصبح مرتهناً لها، وهذا هو رأي الإمام زفر من فقهاء المذهب الحنفي.

الفصل التاسع
حوالة الحق

تعريفها: حوالة الحق: عقد بمقتضاه ينقل شخص هو الدائن بالالتزام ويسمى بالمحيل حقه إلى شخص آخر هو الدائن الجديد لهذا الالتزام ويسمى المحال له، قبل شخص ثالث هو المدين في هذا الالتزام ويسمى المحال عليه.

أغراض الحوالة: للحوالة أغراض مختلفة فقد يراد منها بيع الحق من المحيل للمحال له فتسري بينهما أحكام عقد البيع، وقد يراد منها التبرع بالحق للمحال له فتسري أحكام عقد الهبة بينهما، وقد يكون الغرض رهن الحق للمحال له فتسري بينهما أحكام الرهن وأهمها وجود دين للمحال له في ذمة المحيل.

المبحث الأول
أركان حوالة الحق وشروطها

الحوالة عقد مما يجب توفر أركان العقد من تراض ومحل وسبب.

١- التراضي: يشترط رضاء المتعاقدين وهما المحيل والمحال له وان تكون إرادتهم سالمة من العيوب وان يكونوا أهلاً للتعاقد، ولا يشترط رضاء المحال عليه لانه ليس طرفا في عقد الحوالة.

٢- السبب: يشترط ان يكون للحوالة سبب مشروع.

٣- المحل: المحل في الحوالة هو الحق المحال، والقاعدة إن جميع الحقوق الشخصية تجوز حوالتها أياً كان محلها. نقوداً أو مجرد حق احتمالي أو مستقبل أو متنازعاً فيه.

حالات امتناع الحوالة: هناك حالات تمتنع فيها حوالة الحق هي:

١- نص القانون: فقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق، كما هو الحال بالنسبة للحقوق التي لا يجوز الحجز عليها وفي حدود الجزء غير القابل للحجز، فديون النفقة ورواتب الموظفين وأجور العمال لا تجوز حوالتها إلا بقدر ما يجوز الحجز عليها.

٢- اتفاق المتعاقدين: قد تمتنع الحوالة باتفاق المتعاقدين، كأن يشترط المؤجر على المستأجر عدم النزول عن الإيجار لغيره، ومن ذلك ما تشترطه هيئات النقل العام من عدم جواز النزول إلى الغير عن تذكرة النقل.

٣- طبيعة الحق: قد تمتنع الحوالة بسبب طبيعة الحق، وذلك في الحالات التي يكون فيها الحق متصلاً اتصالاً وثيقاً بشخص الدائن أو روعيت فيه شخصيته، كالمزارعة وحق الشريك في شركات الأشخاص وحق الدائن بالنفقة.

شروط الحوالة: هناك نوعان من الشروط، شروط الانعقاد وشروط النفاذ:

١- شروط انعقاد الحوالة: يكفي لانعقاد الحوالة تراضي المتعاقدين وهما المحيل والمحال له ، ولا يشترط رضاء المدين (المحال عليه) الذي في ذمته الحق والسبب في ذلك ان انتقال الحق منى دائن إلى آخر ليس من شأنه الإضرار بالمدين، وكان بإمكانه الاتفاق مع الدائن على عدم جواز الحوالة. والحوالة اتفاق رضائي يكفي فيه الإيجاب والقبول دون حاجة لإتباع شكلية معينة حتى لو كان المحال به مضموناً بتأمين عيني،إلا انه لا يمكن التمسك بحوالة حق عيني قبل الغير إلا إذا اشر في السجل الأصلي للتأمين.

٢- شروط نفاذ الحوالة: لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذا قبلها المحال عليه أو أعلنت له. على إن نفاذها في حق الغير بقبول المحال عليه يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ. وعليه نميز هنا بين نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين وبين نفاذها بالنسبة للغير:

أ - نفاذ الحوالة بالنسبة للمدين: لا تكون الحوالة نافذة في حق المدين إلا بأحد إجراءين: إعلانه بالحوالة أو قبوله لها. ويتم الإعلان بواسطة الكاتب العدل عادة بطلب من المحيل ومصلحته التخلص من الضمان أو بطلب من المحال له ومصلحته الاستئثار بالحق المحال به لنفسه. ويغني قبول المدين للحوالة عن الإعلان، وينبغي ان يقع القبول في وقت الحوالة أو بعدها ولا عبرة بالقبول السابق لان النفاذ يتطلب علمه بالحوالة وبالمحال له. وقبول المدين للحوالة لا يجعله طرفاً فيها لان القبول شرطاً لنفاذها بحقه فيبقى أجنبياً عنها.

وإذا رفض المدين الحوالة فما على احد طرفيها إلا إعلانه بها لتكون نافذة بحقه، ولا يشترط لنفاذها بحقه أن يكون تاريخها ثابتاً بشكل رسمي بل لا يشترط للقبول شكل خاص فيجوز أن يكون مكتوباً أو شفوياً. وقبول المدين للحوالة لا يعني إسقاط حقه في التمسك في مواجهة الدائن الجديد بالدفوع التي كانت له في مواجهة الدائن القديم.

واذا علم المدين بالحوالة بغير الإعلان الرسمي أو القبول فلا تنفذ بحقه، ومع ذلك فعليه في هذه الحالة الامتناع عن أي تصرف ينطوي على غش من ناحيته وعلى التواطؤ من ناحية الدائن القديم (المحيل)، كقيامه بالوفاء للمدين القديم مقابل حصوله على تخفيض لقيمة الدين، فهذا الوفاء لا يعتد به في مواجهة الدائن الجديد عملاً بقاعدة (الغش يفسد كل شيء).

ب - نفاذ الحوالة بالنسبة للغير: المقصود بالغير هو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة، لا كل شخص أجنبي لا علاقة له بالحوالة. ومن قبيل الغير ان يحيل الدائن حقه إلى أكثر من دائن جديد، فيصبح كل دائن جديد من الغير بالنسبة لكل واحد من هؤلاء الدائنين الجدد، أو أن يرهن الدائن حقه لشخص ويبيعه لشخص آخر، فيصبح كل من المحال له المرتهن والمحال له المشتري من الغير بالنسبة للآخر.

وتصبح الحوالة نافذة في حق الغير بإعلانها للمدين أو بقبوله لها قبولاً ثابت التاريخ وبخلافه لا تكون نافذة الا بحقه دون الغير.

المبحث الثاني

أحكام حوالة الحق

١- العلاقة بين المحال له والمحال عليه: نميز بين الفترة التي تسبق إعلان الحوالة أو قبولها والفترة التي تلي إعلان الحوالة أو قبولها.

أ- قبل إعلان الحوالة أو قبولها:بالنسبة للمحال له في هذه المرحلة فان دائنيته ينقصها النفاذ ولكنها تولد بعض الآثار، فللدائن المحال له أن يتخذ من الإجراءات التحفظية ما يحافظ به على الحق الذي انتقل إليه، كقطع التقادم فيعمد إلى المطالبة القضائية التي تقطع التقادم والتي تتضمن بطبيعة الحال إعلاناً للحوالة، وله أن يبادر إلى تسجيل رهن أو حق امتياز يكفل الحق المحال به وان يوقع حجزاً احتياطياً تحت يد المدين المحال عليه ويتابع إجراءاته.

اما بالنسبة للمحال عليه في هذه المرحلة فعليه إذا علم بالحوالة فعلاً قبل إعلانه أو قبوله فعليه في هذه الحالة الامتناع عن أي تصرف ينطوي على غش من ناحيته وعلى التواطؤ من ناحية الدائن القديم (المحيل) إضرارا بالمحال له ، وليس له ان يتواطأ غشاً مع محال له تالٍ للمحال له الأول، فيقبل الحوالة الثانية حتى يجعلها نافذة قبل الحوالة الأولى.

ب - بعد إعلان الحوالة أو قبولها: تصبح الحوالة في هذه المرحلة نافذة في حق المحال عليه، وينتقل بالنسبة إليه الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بكل صفاته وتوابعه وضماناته:

١- ينتقل الحق بكل صفاته: فان كان حقاً مدنياً أو تجاريا أو قابلاً للتنفيذ بموجب حكم أو سند رسمي أو منتجاً لفوائد، انتقل بأياً من صفاته هذه إلى المحال له.

٢- ينتقل الحق بكل ضماناته: ينتقل الحق مع ضماناته إلى المحال له، من كفالة أو امتياز أو رهن أو أي تأمين آخر.

٣ـ انتقال الدعاوى التي تحمي الحق: ومن توابع الحق المحال به الدعاوى التي تحميه وتؤكده كدعوى الفسخ، فإذا حول البائع الثمن، ولم يقم المشتري بالوفاء به إلى المحال له، كان للأخير أن يرفع دعوى فسخ البيع ضد المشتري، فإذا قضي بالفسخ عاد الشيء المبيع إلى المحال له لا المحيل.
٤ـ الدفوع التي للمحال عليه أن يتمسك بها قبل المحال له: ينتقل الحق من المحيل إلى المحال عبه بالدفوع التي كانت عليه، فيستطيع المحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل وقت إعلان الحوالة أو قبولها، كالدفع بانقضاء الحق أما بالوفاء أو التجديد أو الإبراء أو أي سبب من أسباب انقضاء الالتزام سواء كان الانقضاء سابقاً على صدور الحوالة أو تاليا لها مادام إن الحق قد انقضى قبل إعلان الحوالة أو قبولها. وكذلك الدفع بان الحق مصدره باطل أو عقد قابل للفسخ أو إن الحق معلق على شرط واقف لم يتحقق.. .
وللمحال عليه ان يتمسك بالدفوع التي ترجع إلى عقد الحوالة ذاته، كالدفع ببطلان عقد الحوالة ذاته أو الدفع بصوريته إذا كان عقداً صورياً وله أن يثبت الصورية بجميع الطرق ولو بالبينة والقرائن لأنه ليس طرفاً في الصورية.
٢ـ العلاقة بين المحيل والمحال له : الحوالة أما أن تكون بعوض فتكون بيعا وطبقت أحكام البيع أو بغير عوض فتكون هبة وطبقت أحكام الهبة، وأهم التزامات البائع (المحيل) التزامه بالتسليم والتزامه بالضمان، واهم التزامات المشتري (المحال له) التزامه بدفع الثمن. اما في الهبة فالواهب لا يلتزم بالضمان إلا إذا أخفى سبب استحقاق الحق المحال به على المحال له وتضرر الأخير فيرجع على المحيل بالتعويض.
أولاً ـ التزام المحيل بالتسليم: يجب على المحيل أن يسلم المحال له سند الحق المحال به وان يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من حقه.
ثانياً ـ التزام المحيل بالضمان: القاعدة إن المحيل لا يلتزم بالضمان إلا إذا كانت الحوالة بعوض، أما المتبرع فغير ضامن، فان كانت الحوالة بعوض فيجب أن نفرق بين الضمان القانوني والضمان الاتفاقي:
أـ الضمان القانوني: وهو الضمان الذي ينظمه القانون عندما يخلو عقد الحوالة من اتفاق ينظم أحكام الضمان، وفي هذه الحالة لا يكون المحيل إلا ضامناً لوجود الحق وصحته عند الحوالة ولم ينقض بأي سبب من أسباب الانقضاء، فان كان الحق كذلك وقت الحوالة لم يكن المحيل مسئولاً عما قد يطرأ من أسباب السقوط التي لا ترجع إليه كسقوط الدين بالتقادم بعد الحوالة، وهو لا يضمن للمحال له ملاءة المدين وقدرته على الوفاء، ويمتد الضمان إلى التوابع، كالتأمينات الضامنة للحق المحال.
ب ـ الضمان الاتفاقي: يستطيع المتعاقدان تنظيم الضمان باتفاقهما، فالحكم السابق هو حكم قانوني مكمل لإرادة المتعاقدين، وعلى النحو الآتي:
١ـ التشديد: يجوز أن يشترط المحال له أن يضمن المحيل يسار المدين، إلا إن هذا الشرط ينصرف إلى يسار المدين وقت الحوالة ما لم ينص في العقد إن المحيل ضامن يسار المدين حتى يقتضي المحال له حقه. واشتراط الضمان المتقدم يؤدي إلى التزام المحيل بقيمة عوض الحوالة فقط، لا بقيمة الحق المحال به ولو وجد اتفاق يقضي برد أكثر من ذلك.
٢ـ التخفيف: من جانب اخر يجوز تخفيف الضمان أو الإعفاء منه، فيجوز الاتفاق على إن المحيل لا يضمن وجود الحق ولا صحته فضلاً عن عدم ضمانه يسار المدين، ويستثنى من ذلك مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية كالتعدي.
٣ـ العلاقة بين المحيل والمحال عليه:
أ ـ الفترة التي تسبق إعلان الحوالة: يبقى المحيل، قبل نفاذ الحوالة في حق المحال عليه، هو الدائن للمحال عليه. فيستطيع التصرف بالحق المحال به بكافة أنواع التصرفات، فله أن يستوفيه منه، أو أن يقضيه بأحد أسباب انقضاء الالتزام، ولدائني المحيل الحجز على الحق المحال به. إلا انه لا تبرأ ذمة المحال عليه إذا كان يعلم بالحوالة وقام مع ذلك بالوفاء للمحيل لان ذلك يعتبر تواطؤاً منه مع المحيل على الإضرار بالمحال له، فالغش يفسد كل شيء.

ب ـ الفترة التي إعلان الحوالة أو قبولها: إذا أعلنت الحوالة أو قبلت فإنها تصبح نافذة في حق المحال عليه وفي حق الغير. ويصبح المحيل أجنبياً بالنسبة المحال عليه فلا يستطيع مطالبة المحال عليه بالدين ولا التصرف به، كما لا يمكن للمحال عليه الوفاء للمحيل فان أوفاه لا تبرأ ذمته ويجب عليه الوفاء مرة ثانية للمحال له، كما لا يجوز لدائني المحيل ان يحجزوا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه.

٤ـ العلاقة بين المحال له والغير: الغير هو كل من تعلق له حق بالحق المحال به، او هو كل شخص يضار من نفاذ الحوالة. فيعد من الغير المحال له الثاني والدائن الحاجز على الحق المحال به. والقاعدة إن الحوالة لا تنفذ في حق الغير إلا إذا قبلها المدين قبولاً ثابت التاريخ أو أعلن بها. وقد واجه المشرع حالة قيام نزاع بين أكثر من محال إليه بنفس الحق وحالة النزاع بين المحال له ودائن حاجز على الحق المحال به، وكما يأتي:

أ- التزاحم بين محال له ومحال له آخر: تنص المادة (٣٧٣) مدني على انه (إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير). فالمفروض ان المحيل قد حول حقه مرة أولى ثم حول نفس الحق مرة أخرى، سواء كانت الحوالة في اية مرة من المرتين على سبيل البيع أو الهبة أو الرهن أو غير ذلك، فالعبرة حسب النص عند التزاحم والمفاضلة بينهما ليس بتاريخ صدور الحوالة، بل بالتاريخ الثابت لإعلانها أو لقبولها.

ب ـ التزاحم بين المحال له والدائنين الحاجزين: حسب نص المادة (٣٧٤) يجب التمييز بين ثلاث حالات:

١ـ التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتأخر: لم يرد نص بها لوضوحها. فالمفروض ان الحوالة قد نفذت في حق الدائن الحاجز قبل تاريخ إعلان الحجز، فانتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بالنسبة للدائن الحاجز قبل توقيع الحجز، فيكون الحجز وقت توقيعه قد وقع على حق غير مملوك للمدين، فيقع باطلاً لانعدام المحل ومن ثم يتقدم المحال له على الدائن الحاجز، ويستولي أولاً على قيمة الحوالة.

٢ـ التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم: وتتحقق هذه الحالة إذا قام احد دائني المحيل بالحجز تحت يد المحال عليه، قبل ان تصبح الحوالة نافذة بالنسبة للغير، ثم جاء نفاذ الحوالة بحق الغير متأخراً بعد نفاذ الحجز. وقد اعتبر المشرع ان المحال له في حكم من قام بتوقيع حجز ثان، ولأن المبدأ المقرر هو المساواة بين الدائنين الحاجزين لا فرق بين حاجز متقدم وحاجز متأخر، مما يؤدي إلى مساواة كل من الحاجز المتقدم والمحال له، فان لم يكن المال كافياً لوفاء حقهما، فانه يقسم بينهما قسمة غرماء.

٣ـ التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتقدم والدائن الحاجز المتأخر (حوالة بين حجزين):
نفرض في هذه الحالة ان الحاجز الأول أعلن حجزه قبل صيرورة الحوالة نافذة بحقه، ثم صارت الحوالة نافذة في حق الغير، وبعد ذلك أعلن الحاجز الثاني حجزه. فلدينا حاجز متقدم ثم محال له ثم حاجز متأخر، وحسب نص المادة ٣١٤ مدني فأن الدين يقسم بينهم قسمة غرماء، على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما تستكمل به حصة المحال له. فلو فرضنا ان الحق الذي للمحيل في ذمة المحال عليه هو ٩٠٠، وكان حق الحاجز المتقدم ٣٠٠، وحق المحال له ٣٠٠، وحق الحاجز المتأخر ٦٠٠، فإننا اولاً نقسم الحق وقيمته ٩٠٠ بين الثلاثة قسمة غرماء، فينال الحاجز المتقدم ٢٢٥ والمحال له ٢٢٥ والحاجز المتأخر ٤٥٠. ثم تستكمل حصة المحال له إلى ٣٠٠ من حصة الحاجز المتأخر حتى يستوفي المحال له قيمة الحوالة كلها، فتنزل حصة الحاجز المتأخر إلى ٣٧٥. وتكون حصص الثلاثة نهائيا: للحاجز المتقدم ٢٢٥ وللمحال له ٣٠٠ وللحاجز المتأخر ٣٧٥.

والعلة في هذا الحكم إن المشرع أراد أن يجعل الحاجز المتأخر يزاحم الحاجز المتقدم. واراد في الوقت ذاته ألا يأخذ الحاجز المتأخر شيئاً قبل أن يستوفي المحال له كل حقه لان الحوالة المتقدمة تجب الحجز، فادى تطبيق هاتين الفكرتين معاً (مزاحمة الحاجز المتأخر للحاجز المتقدم والحوالة المتقدمة تجب الحجز المتأخر). إلى هذا الحل التشريعي.

الباب الرابع
انقضاء الالتزام

وجود الحق الشخصي أو الالتزام مؤقت، فهو إلى زوال حتماً، إما بالوفاء أو بغيره، فالالتزامات المؤبد باطلة، لان في تأبيد الالتزام تقيد للحرية الشخصية للفرد.
وحسب نصوص المواد من ٣٧٥ ـ ٤٤٣ مدني عراقي يمكن تقسيم طرق انقضاء الالتزام إلى ثلاثة أقسام:
أولاً: الوفاء: وهذا هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، وهو يسقط الالتزام بتنفيذه.
ثانياً: انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء: ويتضمن، ١ـ الوفاء بمقابل (الاعتياض)، وهو اتفاق الدائن والمدين على نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني عوضاً عن تنفيذ الالتزام الأصلي ويقوم المدين بالوفاء بالمقابل فوراً. ٢ـ التجديد وهو يسقط الالتزام بإنشاء التزام جديد يحل محله وذلك إما بتغير محل أو مصدر الدين أو بتغيير المدين أو الدائن، ومن صور التجديد الإنابة في الوفاء. ٤ـ اتحاد الذمة وهو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد.
ثالثاً: انقضاء الالتزام دون أن يوفى به: ويتضمن، ١ـ الإبراء وهو نزول عن الحق بدون مقابل. ٢ـ استحالة التنفيذ بسبب أجنبي، حيث ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه. وهذا الحكم هو تطبيق لقاعدة طبيعية مؤداها انه لا تكليف بمستحيل. ٣ـ التقادم المسقط وهو يقضي الالتزام بمرور الزمن.

الفصل العاشر
الوفاء

التكييف القانوني للوفاء: الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، لأنه تنفيذ لما التزم به المدين تنفيذاً عينياً.
ويعد الوفاء واقعة مختلطة من العمل المادي والتصرف القانوني، فهو تنفيذ مادي للالتزام كتسليم شيء معين كالنقود أو قيام بعمل كبناء دار .. كما انه تصرف قانوني لأنه اتفاق على قضاء الدين. إلا ان صفته الغالبة هي كونه تصرف قانوني مما يتطلب ان تتوفر فيه أحكام التصرف القانوني من رضا صادر من ذي أهلية وسالماً من عيوب الإرادة ومحل وهو نفس محل الدين الذي يوفى به، وسبب وهو الباعث الدافع للوفاء ويتمثل بقضاء الدين.

المبحث الأول
طرفا الوفاء

طرفا الوفاء هما الموفي والغالب انه المدين وقد يكون غير المدين، والموفى له والغالب انه الدائن وقد يكون غير الدائن، وعلى التفصيل الاتي:
اولاً: الموفي:
ـ ممن يصح الوفاء:الأصل أن يتم الوفاء من المدين نفسه لأنه صاحب المصلحة في قضاء الدين، وقد يتولاه عنه نائبه القانوني كالولي أو الاتفاقي كالوكيل. وقد يتم الوفاء من غير المدين تكون له مصلحة في الوفاء كالكفيل والمدين المتضامن أو الحائز للعقار المرهون لضمان هذا الدين، وقد لا تكون له مصلحة في الوفاء لرغبته في التبرع للمدين بقيمة الدين الذي أوفاه. والأصل انه ليس للدائن رفض الوفاء من غير المدين، فهو ملزم بقبوله إلا في حالتين:
الأولى: إذا نص الاتفاق عليه أو قضت طبيعة الالتزام ان يقوم به المدين بنفسه كون شخصيته محل اعتبار لصفة أو كفاءة فيه، مما يجوز للدائن ان يرفض الوفاء من غيره.
الثانية: إذا كان الغير الذي يريد الوفاء بالدين لا مصلحة له في ذلك، واعترض المدين على قبول الوفاء منه وابلغ الدائن هذا الاعتراض وفي هذه الحالة يكون الدائن حراً بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه.
ـ شروط صحة الوفاء: اياً كان الموفي فانه يشترط لصحة الوفاء شرطان، هما:

اولاً- ان يكون الموفي مالكاً للشيء الذي يوفي به: فلو لم يكن مالكاً لما يوفي به لاعتبر ذلك تصرفاً في ملك الغير موقوفاً على إجازة المالك، فإذا أجازه نفذ وتعتبر الإجازة توكيلاً، وان لم يجزه بطل وفي هذه الحالة للمالك أن يقيم دعوى الاسترداد على الدائن فان اثبت ملكيته للشيء الموفى به بالبينة كان للدائن الرجوع على الموفي. وكذلك الحكم إذا هلك الشيء الموفى به بيد الدائن واخذ المالك بدله.

ثانياً - ان يكون الموفي أهلاً للتصرف في الشيء الذي يوفي به: فإذا كان المدين صغيراً مميزاً أو كبيراً معتوهاً أو محجوراً عليه لسفه أو غفلة، فان وفاءه يكون موقوفاً لنقص أهليته ويجوز للموفي أن يسترد ما وفاه، ولكن المشرع قيد حقه في الاسترداد فمنعه منه إذا أ وفى بنفس الشيء المستحق لا بأفضل منه وكان ملزماً بهذا الوفاء لوفائه بدينه الشخصي ولم يلحق الوفاء به ضرراً، أما إذا الحق به ضرراً جاز له نقضه لنقص أهليته.

رجوع الموفي على المدين: إذا تم الوفاء من المدين أو نائبه فلا رجوع له على احد لأنه اوفى دين نفسه. اما إذا كان الموفي غير المدين ، سواء له مصلحة في الوفاء أم لا، فانه ما لم يكن متبرعاً بنية واضحة لوفاء الدين لان التبرع لا يفترض فيجوز له ان يرجع على المدين بما وفاه عنه عن طريق دعوى شخصية هي دعوى الوكالة إذا تم الوفاء بامر المدين أو هي دعوى الكسب دون سبب إذا تم الوفاء بلا امر المدين إذا تبين ان له مصلحة في الوفاء أو انتفت نية التبرع لديه وبخلافه يعتبر متبرعاً لا رجوع له على المدين.

وقد يكون للموفي كذلك دعوى الحلول، أي الوفاء مع الحلول، ويقصد بالوفاء مع الحلول، انه إذا وفى الدين غير المدين، وما لم يكن متبرعاً، فانه يحل محل الدائن في نفس الدين الذي وفاه ويرجع على المدين بهذا الدين نفسه لا بدين جديد، وحلول الموفي محل الدائن اما ان يكون بحكم القانون ويقال له الحلول القانوني أو ان يكون بموجب الاتفاق ويقال له الحلول ألاتفاقي.

اولاً - مصدر الحلول: لا يحق للموفي الغير الرجوع بدعوى الحلول في جميع حالات الوفاء، بل لابد من وجود سبب قانوني للحلول وهذا السبب اما ان يكون هو نص القانون أو اتفاق المتعاقدين. فالحلول بحسب مصدره اما ان يكون حلولاً قانونياً، أو حلولاً اتفاقياً.

الحلول القانوني: حسب نص المادة (٣٧٩) فان حالات الحلول القانوني هي:

١- إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو عنه: ويكون الموفي ملزماً بالدين مع المدين إذا كان مديناً متضامناً معه في دين لا يقبل الانقسام. ويكون الموفي ملزماً بالدين عن المدين إذا كان كفيلاً له سواء كان كفيلاً شخصياً أو عينياً، وفي مثل هذه الحالات يكون الموفي ملزما بوفاء الدين بشكل أو بآخر تنفيذا لواجب قانوني فيعطيه المشرع تشجيعاً له الحق في الحلول محل الدائن في دعواه قبل المدين.

٢- الوفاء من دائن متأخر لدائن متقدم: يتقدم الدائنون أصحاب التأمينات العينية على الدائنين العاديين، كما ان أصحاب التأمينات العينية يتقدم بعضهم على بعض بحسب أسبقية تسجيل الحق، فإذا قام احد الدائنين المتأخرين سواء كان دائناً عادياً أو دائناً مرتهناً وكنه متأخر في مرتبته، بوفاء حق دائن آخر صاحب تأمين عيني متقدم في المرتبة، فان الدائن الموفي يحل محل الدائن الذي استوفى حقه في رجوعه على المدين.

٣- وفاء الحائز للدين المضمون بالعقار: إذا قام الحائز، وهو مشتري العقار المرهون، بدفع الثمن لا إلى البائع بل إلى الدائن المرتهن للعقار الذي اشتراه، ومصلحته التخلص من الرهن، فانه يحل محل الدائن الذي استوفى حقه، ويصبح مرتهناً للعقار الذي تملكه بالشراء. وينقضي الرهن باتحاد الذمة، أو يظل قائماً لمصلحته إذا كانت هناك رهون أخرى اقل في المرتبة من هذا الرهن بالذات. مع ملاحظة ان الحائز يكون ملزماً بوفاء الدين عن المدين في حدود المبلغ الذي في ذمته بسبب شراء العقار، وهو في جميع الأحوال مسؤول مسؤولية عينية عن وفاء الدين المضمون بالرهن، فيكون تشجيعه على الوفاء للدائن عن طريق إحلاله محله، امراً مرغوباً فيه وذلك تحقيقاً لمصلحة الدائن والحائز والمدين أيضاً.

٤- حالات أخرى منصوص عليها في القانون: هناك نصوص كثيرة يقرر فيها حلول الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه ومن هذا القبيل نص المادة (١٠٠١) مدني عراقي التي جاء فيها (يحل المؤمن قانوناً محل

المستفيد بما يدفعه من تعويض عن الحريق قبل من تسبب بفعله في الضرر الذي نجمت عنه مسئولية المؤمن...)

الحلول ألاتفاقي: يتحقق الحلول ألاتفاقي اما باتفاق الموفي مع الدائن وإما باتفاقه مع المدين.

١- الحلول بالاتفاق مع الدائن: يستطيع الدائن ان يقبل الوفاء من غير المدين ويتفق مع الموفي على ان يحل محله في حقوقه، وذلك دون حاجة إلى الحصول على رضاء المدين وبدون تدخله. ويتضح من نص المادة(١/٣٨٠) انه ينبغي لتمام هذا الحلول، اولاً: ان يكون الاتفاق بورقة رسمية. ثانياً ان لا يتأخر تاريخ الاتفاق عن وقت الوفاء. والحكمة في اشتراط حصول الاتفاق على الحلول وقت الوفاء ان الوفاء إذا تم دون اتفاق على الحلول ترتب عليه انقضاء حق الدائن، فلا يستطيع ان يحل الغير فيه بعد ذلك. ويغلب ان تحتوي المخالصة التي يعطيها الدائن للغير الموفي على الحلول. وفي هذه الحالة لا تكون المخالصة حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يصبح لها تاريخ ثابت.

٢- الحلول بالاتفاق مع المدين: ويقع باتفاق المدين مع الغير على أن يقرضه مبلغاً من المال ليوفي به دين الدائن، ويحل محل هذا في حقوقه. مما يسهل على المدين إيجاد النقود اللازمة للوفاء ويستطيع أن يستبدل بالدين الحال ديناً مؤجلاً، أو ديناً بفوائد اقل أو بشروط أفضل.

ولا يخفى على ما قد ينطوي عليه الحلول بإرادة المدين من مخاطر التواطؤ والغش للأضرار بسائر دائنيه. فقد يلجأ المدين إذا تعدد دائنيه المرتهنين على عقار واحد إلى وفاء اسبقهم ثم يقوم بإحلال آخرهم محله فيسبق الباقين جميعاً.

لذلك تشدد القانون في الشروط التي يتم بها الحلول بإرادة المدين وهي كما يأتي:

١- ان يكون عقد القرض بورقة رسمية. ٢- ان يذكر في عقد القرض ان المال المقترض انما هو مخصص لوفاء دين الدائن الذي يريد المقرض ان يحل محله في حقوقه. ٣- ان يذكر في المخالصة ان الوفاء كان من هذا المال الذي اقرضه الدائن الجديد وان تكون المخالصة ثابتة التاريخ.

فإذا توفرت هذه الشروط استطاع المدين ان يحل المقرض محل دائنه في حقوقه وبدون حاجة إلى رضاء الأخير.

ثانياً: حكم الوفاء مع الحلول: يحل الموفي قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن في نفس حقه بما لهذا الحق من خصائص، كأن كان ديناً تجارياً أو ثابتاً بسند تنفيذ أو كان ذو تقادم قصير.... وكذلك ما يلحق الحق من توابع كالفوائد ودعاوى الفسخ أو الحق في الحبس، وكذلك يحل الموفي محل الدائن في الحق بما يكفله من تأمينات عينية أو كفالة ودون حاجة لرضاء الكفيل. ويحل محله في الحق بما يرد عليه من دفوع كالدفع ببطلان العقد المنشئ للحق أو كان حقاً انقضى بالوفاء أو بأي سبب آخر.

قيود: ترد على مبدأ حلول الموفي محل الدائن بعض القيود التي نلخصها فيما يأتي:

١- إذا وفي الموفي للدائن بمبلغ اقل من قيمة الدين ورضي الدائن به سبباً لانقضاء الدين كله، فانه لا يرجع على المدين إلا بمقدار ما دفع للدائن لا بمقدار الدين الأصلي لان الموفي بعيد عن المضاربة. وبهذا يختلف عن المحال له بالحق الذي يحل محل الدائن في مطالبة المدين بالحق كاملاً.

٢- إذا كان الموفي ملتزماً مع غيره كالتضامن، وأوفى بكل الدين، فلا يرجع على الملتزمين معه إلا بعد خصم نصيبه من الدين وكل بقدر حصته في الدين.

٣- إذا أوفى الموفي بجزء من الدين، وبقي للدائن جزء من دينه، فان الدائن يتقدم على من وفاه في استيفاء الباقي له من الدين، فلا يزاحمه الموفي في اقتضاء ما أوفى به. وهذا الحكم هو تطبيق لقاعدة رومانية تقول (لا يفترض أن احداً أحل غيره محله ضد نفسه) فمثلاً إذا كان الدين عشرة آلاف وقام الموفي بوفاء نصفه للدائن، فإذا كان العقار الضامن للدين لم يبع إلا بثمانية آلاف فقط،، فان الدائن الأصلي يقبض خمسة آلاف ولا يقبض الموفي إلا ثلاثة فقط.

وتفسر هذه القاعدة في إنها متفقة مع قصد الدائن الذي لم يقبل الوفاء الجزئي إلا على أساس أن يتقدم على الموفي، وعلى كل حال فهي قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على خلافها فغالباً ما يشترط الموفي أن تكون له الأولوية. ويلاحظ إن مزية التقدم للدائن لا تنتقل لمن يوفي للدائن بما بقي من دينه، فيشترك الموفي الأول والثاني معاً في الحلول محل الدائن ويقتسمان مال المدين قسمة غرماء. يتضح إن الحلول محل الدائن لا يكون كاملاً في حالة الوفاء الجزئي.

٣- التكييف القانوني للحلول: الوفاء مع الحلول عملية مركبة فهي أولاً وفاء للحق بالنسبة للدائن، حيث يستوفي حقه فينقضي بالنسبة إليه، وهي انتقال للحق بالنسبة إلى المدين، فهو لم يوف بالدين فلا ينقضي بالنسبة إليه ويبقى في ذمته ولكن لدائن آخر حل محل الدائن الأصلي هو الموفي، ولما كان الوفاء مع الحلول، من حيث انه ينقل الحق نفسه من الدائن إلى الموفي يقترب كثيراً من حوالة الحق، مما ينبغي إبراز الفروق ما بينهما حتى يتبين بوضوح اتهما نظامان يتميز احدهما عن الآخر.

رابعاً - مقارنة بين الوفاء مع الحلول وحوالة الحق: هناك فروق من حيث الغرض وشروط الانعقاد والنفاذ ومن حيث الآثار أي الأحكام:

١- من حيث الغرض: يفترض غالباً في حوالة الحق إن المحال له يشتري الحق بأقل من قيمته بقصد المضاربة أو الاستثمار، أما لأنه حق مؤجل أو ن هناك عقبات أو إجراءات أمام استيفاءه، ثم يرجع على المدين بقيمة الدين كاملاً.

أما الموفي في الوفاء مع الحلول فالغالب انه تدخل لإسداء خدمة إلى المدين لحمايته من خطر التنفيذ عليه لا بقصد المضاربة، فيقوم بالوفاء عنه ليعود عليه غالباً عند الميسرة بمقدار ما أوفى فقط لا بقيمة الدين كاملة.

٢- من حيث شروط الانعقاد والنفاذ: تنعقد الحوالة باتفاق الدائن والمحال له فلا تنعقد بدون رضاء الدائن.

بينما في الحلول يتم الاتفاق بين الدائن والموفي، وقد تتم بإرادة المدين بحكم القانون دون حاجة لرضاء الدائن.

ومن حيث النفاذ لا تنفذ حوالة الحق في حق المدين إلا بقبوله أو إعلانه بها. اما الوفاء مع الحلول فهو نافذ في حق المدين وحق الغير دون إجراء ما.

٣- من حيث الآثار: إذا تركنا الدعوى الشخصية واقتصرنا على دعوى الحلول بالنسبة إلى كل من الموفي والمحال له فان ثمة فروقاً بينهما ترجع إلى ان الموفي يسدي يداً ولا يبتغي ربحاً، أما المحال له فمضارب يبغي الكسب،وكما يأتي:

اولاً: يرجع الموفي على المدين بمقدار ما دفع فعلاً وفاءاً للدين، أما المحال له فلو اشترى الحق بأقل من قيمته فانه يرجع على المدين بكل الحق.

ثانياً: إذا قام الموفي بوفاء الدين، ثم تبين بطلانه أو انقضائه، فانه لا يرجع على الدائن بدعوى الضمان لأن الدائن لم ينقل حقاً ولكنه استوفاه وإنما يرجع عليه بدعوى استرداد غير المستحق فلا يرد له الدائن سوى ما قبضه. أما إذا رجع المحال له على المدين بالحق المحال به وتبين انه غير موجود فانه المحال له يرجع بالضمان على الدائن فيسترد قيمة الحق كلها.

ثالثاً: إذا قام الموفي بوفاء الدين وفاءً جزئيا وأراد الرجوع على المدين فان الدائن يتقدم عليه في مال المدين فيستوفي الجزء الباقي من حقه أولاً ثم يأخذ الموفي ما بقي ان وجد. أما المحال له فإذا كان قد اشترى جزءاً من الحق وأراد الرجوع به على المدين، فان الدائن لا يتقدم عليه بل يقسمان مال المدين بينهما قسمة غرماء.

الموفى له: هنا ثلاث مسائل يجب تناولها في هذا المقام، هي:

١- الوفاء للدائن أو نائبه: الأصل أن يتم الوفاء للدائن، فهو صاحب الحق في استيفائه وإبراء ذمة المدين منه، وقد يتغير الدائن في الفترة ما بين نشوء واستحقاقه، فعند وفاته ينتقل لورثته، أو ان يحول حقه إلى محال له فيكون الوفاء للأخير، فالوفاء يكون للدائن أو لخلفه العام أو الخاص.

ويشترط لصحة الوفاء للدائن ان يكون أهلاً لاستيفاء الدين فان كان قاصراً أو محجوراً فلا يكون الوفاء له صحيحاً ولا مبرئاً للذمة بل يدفع لوليه أو وصيه، ومع ذلك ينقلب هذا الوفاء صحيحاً إذا أصبح أهلاً للاستيفاء بان يبلغ سن الرشد أو يرفع عنه الحجر وأجاز الوفاء، أو أن الوفاء حقق له منفعة وبقدر هذه المنفعة، والموفي هو المكلف بإثبات المنفعة التي عادت على الدائن وبجميع طرق الإثبات لان حصول المنفعة واقعة مادية. وكما يصح الوفاء للدائن يصح الوفاء لمن ينوب عنه وكيلاً كان أو وصياً أو قيماً أو ولياً.

٢ـ الوفاء لغير الدائن: حسب نص المادة (٣٨٤) م.ع، إذا حصل الوفاء لغير الدائن أو نائبه فلا يكون مبرئاً للذمة إلا إذا أجازه الدائن، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، أو عادت عليه منفعة من هذا الوفاء وبقدر هذه المنفعة تطبيقاً لقواعد الكسب دون سبب.

على ان الوفاء يكون مبرئاً للذمة إذا كان حاصلاً لحائز الحق أو للدائن الظاهر أي للشخص الذي يعتبر في نظر الكافة انه الدائن وهو ليس كذلك في الواقع. ويشترط لصحة الوفاء للدائن الظاهر شرطان:

١ـ ان يكون الدائن الظاهر حائزاً للحق الذي يستوفيه دون ان يكون هذا الحق له، كالوارث الظاهر والموصى له ثم يتبين بطلان الوصية، أو المحال له ثم يتضح بطلان الحوالة.

٢ـ ان يكون المدين قد قام بالوفاء عن حسن نية أي معتقداً إن الدائن الظاهر هو صاحب الحق فعلاً.

والوفاء للدائن الظاهر يعد صحيحاً وذلك لكفالة استقرار التعامل وحماية لحسن النية وغني عن البيان إن للدائن الحقيقي حق الرجوع على الدائن الظاهر بدعوى الإثراء إن كان حسن النية كما له حق الرجوع عليه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية إن كان سيء النية.

العرض والإيداع: ص ٢٦٥ من الكتاب. محل الوفاء ..... إلى ص٢٧٦

الفصل الحادي عشر

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

ويتضمن، ١ـ الوفاء بمقابل (الاعتياض)، وهو اتفاق الدائن والمدين على نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني عوضاً عن تنفيذ الالتزام الأصلي ويقوم المدين بالوفاء بالمقابل فوراً. ٢ـ التجديد وهو يسقط الالتزام بإنشاء التزام جديد يحل محله وذلك إما بتغير محل أو مصدر الدين أو بتغيير المدين أو الدائن، ومن صور التجديد الإنابة في الوفاء. ٤ـ اتحاد الذمة وهو اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لدين واحد.

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

يتضح من نص المادة (٣٩٩) م.ع، ان الوفاء بمقابل هو اتفاق الدائن والمدين على ان يوفي المدين للدائن بشيء اخر غير محل الالتزام ويقوم المدين بوفاء هذا الشيء فعلاً، والوفاء بمقابل سبب مستقل لانقضاء الالتزام غير الوفاء. ويشترط لتحققه توفر شرطين:اولهما: الاتفاق على نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني عوضاً من تنفيذ الالتزام ثانيهما وجوب تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فوراً.

١ـ الاتفاق على نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني عوضاً عن المحل الأصلي: لابد للوفاء بمقابل من الاتفاق بين الدائن والمدين اذ لا يمكن جبر الدائن على قبول الوفاء بشيء غير المستحق له أصلاً. ويقع القبول صراحة أو دلالة.

ولأنه اتفاق فيجب توافر أركانه من رضا ومحل وسبب، لتحقق الرضا لابد من توافر الأهلية اللازمة وخلو الإرادة من العيوب. أما بالنسبة للمحل بالذات فيجب ان يتوافر فيه شرطان:

الأول: أن يكون شيئاً جديداً لم يدخل ضمن الالتزام الأصلي، وبذلك يختلف الوفاء بمقابل عن الالتزام التخييري والالتزام البدلي فتقديم احد الشيئين فيهما لا يعد وفاء بمقابل، لان الشيء داخل أصلاً في نطاق الالتزام الأصلي.

الثاني: أن يكون المحل هو نقل ملكية أو تقرير حق عيني كالانتفاع، فلا يصح أن يكون البديل التزاماً بعمل أو بامتناع عن عمل أو نقل حق شخصي. فان كان العوض ديناً للمدين في ذمة آخر لا نكون إزاء وفاء بمقابل بل حوالة حق أو إنابة في الوفاء، ما لم يكن هذا الحق الشخصي قد اندمج في سند لحامله، إذ يعتبر تسليم السند بمثابة نقل للملكية، لان الحق المثبت في سند شيء مادي أو كما يقال إن الحق هنا اندمج في الصك. وإذا كان العوض عملاً كنا أمام تجديد للدين لا وفاء بمقابل، فإذا قدم المقترض للمقرض عملاً مقابل قيمة القرض كان معنى هذا انقضاء الدين بالاتفاق، ثم نشوء دين جديد باتفاق جديد محله العمل الذي تعهد به.
٢- وجوب تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فوراً: لتحقق الوفاء بمقابل يجب أن ينفذ الاتفاق فوراً، بنقل الملكية من المدين إلى الدائن. فان تم الاتفاق على تأجيل تنفيذ هذا الاتفاق لم نكن بصدد وفاء بمقابل بل إزاء اتفاق يستبدل به الدائن والمدين التزاماً جديداً بالالتزام الأصلي، وهذا هو التجديد.

التكييف القانوني للوفاء بمقابل: الرأي السائد في الفقه القانوني المعاصر هو إن الوفاء بمقابل عمل مركب، فهو مزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية.
فالوفاء بمقابل هو أولاً تجديد للدين بتغيير محل الدين، فيتفق الدائن والمدين أولاً على تغيير المحل الأصلي بمحل جديد هو المقابل في الوفاء. ويترتب على ذلك ان الدين الأصلي ينقضي وتنقضي معه تأميناته عن طريق التجديد، لا عن طريق الوفاء. ثانياً ان الدين الجديد الذي نشأ عنه هذا التجديد يكون تنفيذه عن طريق الوفاء، فتنتقل ملكية المقابل فعلاً إلى الدائن. وبذلك يتم الوفاء بمقابل. وفي هذه الخطوة الثانية ينطوي الوفاء بمقابل على معنيين:
اولاً معنى الوفاء حيث يستوفى الدين الجديد عيناً فينقضي. ثانياً معنى نقل الملكية اذ الوفاء عيناً بالدين الجديد معناه نقل ملكية المقابل، فيجمع الوفاء بمقابل في الآثار التي تترتب عليه بين معنى نقل الملكية ومعنى الوفاء.
اثار الوفاء بمقابل: ان أحكام الوفاء بمقابل مزدوجة: فهو باعتباره ناقلاً للملكية تسري عليه أحكام البيع . ثم هو باعتباره وفاء تسري عليه أحكام الوفاء، وكما يأتي:
١- آثار الوفاء باعتباره ناقلاً للملكية (البيع):يترتب على هذا التكييف الآثار التالية:
١- الاستحقاق:إذا استحق المقابل في يد الدائن، بأن كان غير مملوك للمدين واسترده مالكه. فإن الدين الأصلي لا يعود، لان الدين الأصلي انقضى بالوفاء ولكن للدائن الرجوع على المدين وفقاً لقواعد ضمان الاستحقاق المقررة في عقد البيع.
٢- العيوب الخفية:إذا كشف الدائن بالمقابل عيباً خفياً كان له ان يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية كما يرجع المشتري على البائع في عقد البيع.
٣- التسجيل: إذا كان المقابل المقدم عقاراً فان الوفاء بمقابل لا ينتج أثره إلا بتسجيل العقد المتضمن هذا الوفاء.
٤- المعدل النقدي:إذا استحق المدين الموفي معدلاً نقدياً، كان حقه في استيفاء هذا المعدل مضموناً بامتياز البائع على هذا العقار.
٢- آثار الوفاء بمقابل باعتباره وفاء:يترتب على ذلك ما يأتي:
١- التأمينات: تزول التأمينات التي كانت للدين الأصلي، ولا تعود حتى لو استحق المقابل من يد الدائن، ذلك ان الدين الأصلي انقضى مع كل تأميناته.
٢- أحكام الوفاء: تتبع أحكام الوفاء الخاصة بتعيين جهة الدفع (خصم المدفوعات) عندما يكون للدائن في ذمة المدين عدة ديون.
٣- الدين غير موجود: إذا تبين ان الدين غير موجود، اتبعت أحكام الوفاء، بمعنى ان يكون للموفي ان يسترد ما اوفاه بدعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق.

المبحث الرابع

المقاصة

حسب المادة ٤٠٨ مدني بأن (المقاصة هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه). فيفترض في المقاصة وجود شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر، أي بينهما التزامين المدين في أحدهما دائن في الثاني.فبدلاً من أن يوفي احدهما للآخر بدينه، ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه، ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاءاً عادياً. فلمقاصة من هذا الوجه أداة وفاء.

والمقاصة أداة ضمان. فعندما يستوفي الدائن حقه من الدين الذي عليه يختص وحده بهذا الدين دون غيره من دائني المدين ومتقدماً عليهم جميعاً. والمقاصة كأداة ضمان تقترب من نظامي الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ ففي العقود الملزمة لجانبين لأي طرف الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ الآخر التزامه وللدائن ان يحبس ما تحت يده حتى يستوفي حقاً مرتبطاً بالشيء المحبوس، ففي هاتين الحالتين وضع القانون تحت تصرف الدائن أداة ضمان تكفل له الوفاء بحقه. والمقاصة تؤدي نفس الغرض، فالدائن لا يدفع الدين الذي عليه استيفاء للحق الذي له، لا بل يذهب الدائن ابعد من ذلك فهو يقضي على الدين قضاءاً تاماً بالحق الذي له في ذمة دائنه.

أنواع المقاصة: المقاصة على ثلاثة أنواع: مقاصة قانونية (المقاصة الجبرية) وتقع بحكم القانون إذا توافرت شروطها.ومقاصة اختيارية وتقع باتفاق الطرفين أو بإرادة احدهما إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية وكان مقصودا به مصلحة الطرفين معاً او مصلحة احدهما فقط. وأخيراً مقاصة قضائية وتقع بحكم القضاء إذا تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية كذلك.

المقاصة القانونية: نتناول شروطها وكيفية وقوعها وآثارها:

أولاً شروط المقاصة: يتضح من نص المادة (٢/٤٠٩) م.ع إن شروط المقاصة هي:

١- التقابل بين الدينين: تفترض المقاصة وجود دينين متقابلين وكل طرف دائن ومدين للطرف الآخر في نفس الوقت، سواء كان الدينان المتقابلان ناشئين من مصدر واحد كالعقد أو من مصدرين مختلفين. ويجب ان يكون الدينان بين نفس الشخصين ذاتهما وبنفس الصفة، فلا يجوز ان يتقاص دين للوصي على الغير مع دين للغير على القاصر، ولا دين على الشركة لأجنبي مع حق للشريك في ذمة هذا الأجنبي. وتقع المقاصة ولو لم يكن المدين أهلاً للوفاء أو الدائن أهلاً للاستيفاء، لان المقاصة وفاء جبري، وهي واقعة مادية لا تصرف قانوني.

٢- التماثل في المحل بين الدينين: يجب ان يكون الدينان من النقود أو المثليات المتحدة في النوع والجودة. وان تكون المثليات متحدة في النوع والجودة، قمح وقمح كلاهما من نوع متوسط مثلاً، فان اختلف النوع ولم يتحد المحلين في الصنف أي الجودة امتنعت المقاصة، فلا مقاصة بين توريد قمح وتوريد قطن مثلاً. ولا تقع المقاصة فيما عدا النقود والمثليات، فلا مقاصة بين التزام بعمل والتزام بعمل وان تماثلا ، ولا بين التزام بنقل ملكية والتزام بعمل.

٣- صلاحية كل من الدينين المتقابلين للمطالبة به قضاءاً: المقاصة وفاء جبري، مما يوجب صلاحية كل من الدينين لاقتضائه جبراً على المدين بالقضاء. فلا مقاصة بين دين طبيعي وآخر مدني لأن الأول لا جبر في أدائه، ولا بين دين طبيعي وآخر طبيعي، ولا بين دينان تقادم احدهما ولم يحل اجل استحقاق الآخر إلا بعد تقادم الأول، لأن الأول يمكن أن يسقط بالتقادم إذا تمسك المدين بالتقادم.

٤- خلو الدينين من النزاع: يجب أن يكون كل من الدينين محقق الوجود لا شك في ثبوته فان شك في وجود الدين امتنعت المقاصة. كالدين الناشئ من الفعل الضار يتوقف على ثبوت مسؤولية الفاعل، ويجب ان يكون محدداً في مقداره، فان لم يكن مقدراً بعد، كان يكون تقديره يتوقف على تصفية حساب معقد أو تقرير خبير أو حكم قضائي فلا تقع المقاصة إلا بعد تحديد مقدار الدين.

٥- استحقاق الدينين للأداء: ذلك إن المقاصة وفاء جبري، ولا يجوز جبر المدين على الوفاء إلا إذا حل الأجل، فلا تجوز المقاصة بين دين مؤجل ودين حال وبين دينين مؤجلين إلا إذا حل الأجل أو سقط وكذلك إذا تبرع الدائن بالأجل

.وإذا كان الأجل قضائياً جازت المقاصة قبل انتهاء الأجل، لان نظرة الميسرة منحت للمدين لأنه غير قادر على الوفاء فان تبين انه قادر عليه وقعت المقاصة. ومن باب اولى لا تقاص بين دين منجز مع دين معلق على شرط واقف لان الأخير غير مستحق فضلاً عن كونه عير محقق الوجود.

٦ـ قابلية كل من الدينين للحجز: لا تقع المقاصة إذا كان احد الحقين لا يجوز الحجز عليه، لان القانون يقصد من عدم قابلية الحق للحجز أن يكون خالصاً لصاحبه، وفي المقاصة حرمان لصاحبه منه. فلا تقاص بين دين لزوج على زوجته والمبلغ المحكوم لها به كنفقة، فيجب أن يوفي الزوج بمبلغ النفقة ثم يرجع بحقه على زوجته، ولا تجوز المقاصة بين اجر العامل بالقدر غير القابل للحجز ودين مقابل لرب العمل.

هذه هي شروط المقاصة ، ولا يلزم فوق ذلك شرط آخر. فلا يشترط اتحاد الدينان في المصدر، ولا يشترط تساويهما في المقدار، ولا في قوة السند المثبت لهما (رسمي أو عادي)، ولا يشترط اتحاد مكان الوفاء.

وإذا كان للكفيل المحروم من حق التجريد دين على الدائن المكفول له من جنس الدين المكفول به فالدينان يلتقيان قصاصاً من غير رضاهما وان كان من غير جنس الدين المكفول به فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي الدائن المكفول له مع الكفيل لا مع المدين.

الديون التي لا تقع فيها المقاصة: استبعد المشرع حالتين لا تجوز فيهما المقاصة الجبرية ولو توافرت الشروط السابقة، وان جاز أن تقع بالتراضي:

١ـ الغصب:إذا انتزع شخص شيئاً من مالكه غصباً فانه يلتزم برده، وليس له أن يتمسك بالمقاصة بين التزامه بالرد وما قد يكون على المالك من التزام قبله، وإلا كان معنى ذلك إجازة اقتضاء الشخص لحقه بنفسه دون اللجوء للإجراءات القانونية.

٢ـ الوديعة:لا يجوز للمودع لديه أن يتمسك بالمقاصة بين التزامه برد الشيء المودع وبين ما قد يكون المودع ملتزماً به قبله. والحكمة من امتناع المقاصة هنا هي إن الشيء المودع يعد أمانة في يد المودع لديه، وليس له أن يخون الأمانة، ثم يتمسك بعد ذلك بالمقاصة بين التزامه بالرد أو بدفع تعويض عنه وبين الحق الذي له في مواجهة المودع.

المبحث الثالث

مرور الزمان المانع من سماع الدعوى (التقادم المسقط)